

כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הגרמני - האם גם בישראל?

מרדכי קרמניצר, מיכל קרמר



כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הגרמני – האם גם בישראל?

מרדכי קרמניצר, מיכל קרמר



מחקר מדיניות 85

ירושלים, אדר ב' תשע"א, מרס 2011

Human Dignity as a Supreme and Absolute Constitutional Value
in German Law – In Israel Too?
Mordechai Kremnitzer, Michal Kramer

עריכת לשון: דפנה שוופי, תמר שקד
סדר: נדב שטכמן
הדפסה: ארט פלוס, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-084-7 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשרר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

להזמנת ספרים ומחקרי מדיניות בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה:
טלפון: 02-5300800, 1-800-20-2222 ; פקס: 02-5300867
דוא"ל: orders@idi.org.il
אתר האינטרנט: www.idi.org.il
המכון הישראלי לדמוקרטיה, ת"ד 4482, ירושלים 91044

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תשע"א
Copyright © 2011 by The Israel Democracy Institute (R. A.)
Printed in Israel

כל מחקרי המדיניות וכן פרק נבחר מכל ספר ניתנים להורדה חינם מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במנהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניותיו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משווקת ומפיצה את פירות עבודתם בכמה סדרות: ספרים ("הספרייה לדמוקרטיה"), מחקרי מדיניות, פורום קיסריה, כתבי עת ודברי ימי עיון.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המתפרסמים במחקרי המדיניות אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.



תוכן העניינים

9	תקצירים
	כבוד האדם במשפט הגרמני
	מיכל קרמר
19	1. הקדמה
27	2. פרשנותו של כבוד האדם – רקע תאורטי
33	3. אופיו הנורמטיבי של כבוד האדם בחוק היסוד הגרמני
40	4. מה תוכנו של כבוד האדם?
58	5. למי נתונה הזכות לכבוד האדם?
74	6. מעמדו המוחלט של כבוד האדם
90	7. חובת הרשות השלטונית להוקיר את כבוד האדם ולהגן עליו
115	8. התפתחויות במושג כבוד האדם
119	9. הערות לסיכום
123	נספח
	כבוד האדם – זכות עליונה ומוחלטת?
	מרדכי קרמניצר
129	1. פתח דבר
130	2. עליונותה של הזכות לכבוד אנושי
135	3. מוחלטותה של הזכות לכבוד אנושי
169	מקורות
177	ראו אור לאחרונה בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה
iii	Abstracts



תקצירים

כבוד האדם במשפט הגרמני

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן בישראל את הערך החוקתי של כבוד האדם ומסדיר את ההגנה על כמה זכויות חוקתיות – הזכות לחירות אישית, הזכות לפרטיות, הזכות לשם טוב והזכות לחיים ולשלמות הגוף. בצדו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מסדיר חוק יסוד: חופש העיסוק את ההגנה החוקתית הניתנת לחופש העיסוק. זכויות יסוד אחרות – כמו חופש הביטוי, חופש הדת והמצפון או הזכות לשוויון – אינן מוזכרות במפורש בחוקי היסוד.

הסדרה חלקית וחסרה זו של זכויות היסוד מגבירה את מעמדה ואת חשיבותה של ההגנה החוקתית על כבוד האדם. השאלה מהו תוכנו של הערך החוקתי של כבוד האדם ומהי ההגנה שמעניק חוק היסוד לכבוד האדם היא שאלה פרשנית, ומטבעה אין היא נענית בתשובה ברורה. ואולם המצב החוקתי הקיים בישראל – שבו ערך כבוד האדם המעוגן בחוק היסוד משלים את ההגנה החסרה על זכויות חוקתיות אחרות באמצעות פרשנות משפטית – מגביר את חשיבותה ואת משמעותה של הפרשנות הניתנת לו.

כבוד האדם המעוגן בחוק היסוד מתפקד כזכות מנחה, שעשויה לקבל פרשנות מרחיבה ולכלול זכויות חוקתיות שלא זכו לאזכור מפורש בחוקי היסוד. ואולם היא גם עשויה לקבל פרשנות מצמצמת. לפיכך יש לתת לערך כבוד האדם פרשנות ברורה ולקבוע את תחום ההגנה שהוא מעניק. פרשנות זו עשויה להיות שונה במצב המשפטי הנוכחי לעומת מצב דברים רצוי, שבו תהיה לישראל מגילת זכויות מלאה שכבוד האדם הוא חלק ממנה לצדן של זכויות היסוד המרכזיות האחרות.

אף על פי ששיטות משפט שונות מכירות בחשיבותו של ערך כבוד האדם, נראה שאין שום שיטת משפט שבה ערך כבוד האדם הוא מרכזי ועקרוני כל כך כמו שיטת המשפט הגרמני. כבוד האדם מעוגן בסעיף הראשון לחוק היסוד הגרמני וזוכה למעמד מיוחד, אחר מזה שיש לכל זכות יסוד או ערך חוקתי

אחרים. הוא נתפס כערך עליון, כמושג משפטי בעל חשיבות ראשונה במעלה. מעמדו המיוחד מוביל לפרשנות ענפה – בספרות המשפטית ובפסיקה כאחת – באשר לשאלת ההגנה החוקתית שהוא מעניק. לפיכך בבחינת השאלה כיצד ראוי לפרש במשפט הישראלי את ההגנה החוקתית על כבוד האדם, נבחנת במחקר זה הפרשנות שניתנה לו במשפט הגרמני.

המחקר שלפנינו כולל שני מאמרים: הראשון – שכתבה מיכל קרמר – דן בעיקרו בכבוד האדם במשפט הגרמני. השני – שכתב מרדכי קרמניצר – דן בשאלה אם ראוי לאמץ בישראל את תפיסת המשפט הגרמני, שלפיה כבוד האדם הוא ערך חוקתי עליון ומוחלט.

המאמר הראשון בוחן כמה סוגיות הנוגעות לפרשנותו של כבוד האדם:

- **מי זוכה בהגנה החוקתית על כבוד האדם?** הדיון מתמקד קודם לכול בשאלה מתי מתחילה ההגנה על כבוד האדם. דהיינו, באיזה שלב של התפתחות החיים האנושיים ראויה לחול ההגנה על כבוד האדם? האם, למשל, עובר שטרם נולד זכאי להגנה זו? מה משמעותה של ההגנה הניתנת לכבוד האדם ביחס לחיים טרם לידה לקיומם של מחקרים בתחומים שונים כגון גנטיקה וביוטכנולוגיה? נוסף על שאלות אלה נבחנת השאלה אם ההגנה החוקתית שמעניק כבוד האדם מוענקת לאדם כאדם יחיד או שהיא חלה גם על בני אדם כקבוצה. לשון אחר, האם ההגנה על כבוד האדם היא גם הגנה על כבודו של המין האנושי?
- **מהו תוכן ההגנה על כבודו של אדם? האם אפשר לספק הגדרה ממצה לכבוד האדם?** הדיון בשאלת תוכנו של כבוד האדם מתמקד בשתי גישות פרשניות בפסיקה ובספרות המשפטית בגרמניה. הראשונה רואה את בסיס פרשנות ההגנה על כבוד האדם באיסור על השפלתו של אדם ועל הפיכתו לאובייקט, חסר כל זהות סובייקטיבית. הגישה האחרת מדגישה את היבט האוטונומיה והבחירה החופשית כעומד בבסיס ההגנה על כבוד האדם. הפרשנות הניתנת לכבוד האדם מכתובה כמובן את חובתה של הרשות השלטונית להגן על כבוד האדם. לכן הדיון בשאלת פרשנותו של המושג החוקתי של כבוד האדם הוא משמעותי לשאלה כיצד תנוסח חובתה של המדינה שלא לפגוע בכבוד האדם וכיצד יאסרו פגיעות בכבוד האדם בידי פרטים. שתי שאלות נוספות קשורות לסוגיה זו: מהו האמצעי שעל הרשות

השלטונית לנקוט במסגרת החובה למנוע פגיעה בכבוד האדם? האם חובתה כוללת את החובה לוודא שכל פרט יוכל לקיים חיים בכבוד?

- חוק היסוד הגרמני מעניק לכבוד האדם מעמד מוחלט. כבוד האדם, על פי לשון חוק היסוד, הוא בלתי פגיע ואינו ניתן לאיזון מול כל זכות או ערך מתחרים. כל פגיעה בכבוד האדם היא בלתי חוקתית. יתרונותיה של גישה פרשנית השוללת כל פגיעה בכבוד האדם ברורים: ערך כבוד האדם, שלא כערכים חוקתיים מרכזיים אחרים (כמו למשל ערך החיים), אינו ערך אינטואיטיבי, שהצורך להגן עליו הוא מובן מאליו. לכן מוצדק להגן עליו באופן מוגבר, אם כי לא דווקא מוחלט. מאידך גיסא, כבוד האדם אינו ערך ברור ואין לו תחום הגנה מוגדר. מכאן נובעת שאלה מרכזית, שגם בה עוסק מחקר זה: האם ראוי לאמץ את הגישה הפרשנית המעניקה מעמד מוחלט לכבוד האדם?

מסקנות המאמר הן שכבוד האדם כערך חוקתי נועד להגן על האדם הנולד, החי. שאלת ביצועם של ניסויים במחקר ביוטכנולוגי וגנטי, שהיא אכן סוגיה חשובה, אינה צריכה ואינה יכולה להיות מוכרעת לאור הפרשנות הניתנת לערך כבוד האדם ולאור ההגנה שהוא מעניק.

בשאלת המחקר המרכזית – פרשנות תוכנו של כבוד האדם כערך וכזכות חוקתיים – מסקנת המחקר היא שהפרשנות של כבוד האדם במשפט הגרמני לאור ערכי האוטונומיה האישית והבחירה החופשית של הפרט, מחד גיסא, ולאור ההגנה שלו על האדם מפני השפלה או מפני הפיכתו לאובייקט, מאידך גיסא, אינן מתיישבות. כפי שניתן ללמוד מן המקרים שנדונו בפסיקה הגרמנית, ההגנה מפני השפלה ומפני הפיכת אדם לאובייקט יכולה לכלול לעתים גם הגנה על אדם מפני פעולותיו שלו. היא יכולה להכתיב "דמות ראויה" של אדם ולפגוע בכך באוטונומיה האישית וברצון החופשי שלו, שהם עצמם ערכים נגזרים מערך כבוד האדם.

שאלת הפרשנות הראויה לכבוד האדם קשורה במישרין לשאלת מעמדו הראוי כמושג חוקתי. גישה דומה לזו שנתקבלה במשפט הגרמני – ואשר מעניקה מעמד מוחלט, חסין מכל פגיעה, לכבוד האדם – מעודדת פרשנות צרה למושג מבחינה מהותית. כבוד האדם כמושג רחב, בעל תחום הגנה שגבולותיו אינם מוגדרים, אינו יכול להיות בעל מעמד מוחלט, שכן לא יתאפשר כל איזון בינו

ובין כל אינטרס וזכות אחרים. לעומת זאת, מעמד חלש יותר של כבוד האדם, אשר יתיר איזון בינו ובין זכויות ואינטרסים אחרים, יאפשר גם מתן פרשנות רחבה יותר לתוכנו כמושג חוקתי.

הפרשנות הראויה להגנה שמעניק כבוד האדם כערך או זכות חוקתיים צריכה להפריד בין שני ההיבטים שלו, המייצגים במשפט הגרמני גישות פרשניות נבדלות – הגנה על ההתפתחות האוטונומית האישית מצד אחד והגנה מפני ביטול הזהות העצמית והפיכת הפרט לאובייקט מוחלט, כלומר הגנה מפני השפלה, מצד אחר. כבוד האדם במובן הבסיסי, דהיינו "גרעין הזכות", מגן על הפרט מפני השפלתו ולכן זכאי להגנה מוחלטת. הגנה מוחלטת זו על גרעין כבוד האדם צריכה להיות מוגדרת בחוקה ולכלול "רשימה סגורה" של מה שנכלל בגרעין הזכות וזוכה אפוא להגנה מוחלטת. נוסף על פרשנותו של גרעין הזכות לכבוד האדם אפשר לפרש את תחום ההגנה על כבוד האדם באופן רחב יותר, ואולם ההגנה שתוענק למה שחוסה בשוליה של הזכות לא תהיה הגנה מוחלטת, אלא דומה לזו הניתנת לכל זכות חוקתית אחרת – היינו הגנה הנתונה לאיזון עקב אינטרסים וזכויות העומדים מנגד.

כבוד האדם – זכות עליונה ומוחלטת?

לזכות לכבוד האדם במשפט הגרמני שלושה מאפיינים מרכזיים. ראשית, זוהי זכות עליונה בהיררכיית הזכויות והאינטרסים. קרי אין מעליה דבר ואף אין בצדה דבר. שנית, הזכות היא מוחלטת במובן השולל איזון בינה לבין זכות או אינטרס אחרים. מעשה הפוגע בכבוד האדם הוא בלתי חוקתי אפריורית ולכן אסור, ויהיו האינטרס או הזכות שבשםם נעשתה הפגיעה אשר יהיו. שלישית, הזכות היא נצחית ואי-אפשר לגרוע ממעמדה בשום מקרה ובשום רוב. רשימה זו עוסקת בשני המאפיינים הראשונים ובמיוחד במאפיין השני – מוחלטות הזכות. מאפיינים אלו מעוררים שאלות רבות בנוגע להצדקתם בכלל ולאפשרות התאמתם ואימוצם בדין הישראלי בפרט. כמו כן הם קוראים לעמוד על השיקולים המצדיקים מעמד עליון ומוחלט לזכות לכבוד אנושי ועל השיקולים השוללים מעמד כאמור, מתוך למידה ממעמד הזכות ומההגנה עליה בשיטות משפט שונות, בעיקר בזו הגרמנית. הנחת המוצא של החיבור איננה חוק יסוד:

כבוד האדם וחירותו במתכונתו הנוכחית מבחינת פירוט הזכויות שבו, אלא חוקה שיש בה מגילת זכויות אדם שלמה.

ספקות רבים עולים באשר לעליונותו של כבוד האדם על כל זכות או אינטרס אחר. ההשוואה המתבקשת בהקשר זה נוגעת ליחס שבין הזכות לכבוד לבין הזכות לחיים (במובנה הצר, שאינו כולל את שלמות הגוף). ישנם שיקולים רבים המחזקים את התפיסה האינטואיטיבית, והמקובלת על מרבית בני האדם, שלפיה לזכות לחיים מעמד רם משל הזכות לכבוד אנושי, ולמצער לא במעמד נמוך ממנה. למשל, אפשר לטעון שהזכות לחיים היא הבסיס לשאר הזכויות, שכן היא מגנה על קיומם של נושאי הזכויות. גם הבחנה באשר לאופי הפגיעה מביאה למסקנה דומה – הפגיעה בזכות לחיים היא פגיעה מכלה המביאה לאברנס, לעומת הפגיעה בכבוד האנושי המכרסמת בכבודו של הנפגע אך לא שוללת אותו לחלוטין, וייתכן שאף לא ניתן להעלות על הרעת שלילה מוחלטת של הכבוד האנושי. על חשיבותן של שתי הזכויות אפשר ללמוד גם מאופן ההגנה עליהן בשיטות המשפט השונות, המתבטא בהגנה נרחבת יותר על החיים. אכן, ההגנה המוחלטת שמוענקת לכבוד בשיטת המשפט הגרמנית לעומת ההגנה החלקית על הזכות לחיים יכולה לנבוע מכל מיני סיבות שיתוארו ברשימה, אולם אין היא מעידה על עליונות שלה על פני הזכות לחיים וממילא לא על כלל הזכויות והאינטרסים. משכך, אין מקום לאמץ גישה כזו בישראל.

לעניין מוחלטותו של כבוד האדם – בכל הנוגע לזכות לכבוד נפרד המשפט הגרמני מהשיח החוקתי המקובל של איזון ועובר לכלל הכרעה מוחלטת, שלפיו בכל התנגשות תגבר הזכות לכבוד. למוחלטות זו יש הצדקות לא מעטות – הן הצדקות "כלליות" התומכות במוחלטות של כל זכות שהיא (וככלל תומכות בקביעת עוגנים יציבים יותר בשיח החוקתי) הן הצדקות התומכות במוחלטותה של הזכות לכבוד דווקא.

נרמה שהמשותף להצדקות הכלליות יותר הוא החשש מהתממשות הבעיות הטמונות בשיח של איזונים שמעניק חופש (כמעט) בלתי מוגבל לפרשן החוקתי. באופן ספציפי יותר, הקשור לענייננו, אפשר לומר שככל שמתקבלת גישה המבוססת על איזון, ובפרט איזון ערכי כזה הקיים במשפט החוקתי, חופש זה עלול להתבטא ב"כניעה" של בית המשפט לתכתיבים הפוגעניים של כוח פוליטי דורסני ושל דעת קהל מתלהמת, אשר תוביל למתן לגיטימציה שיפוטית לפגיעות

קשות בזכויות אדם. ההיסטוריה המשפטית – בארץ ובעולם – מספקת לא מעט דוגמאות לתוצאות הגרועות הנובעות מהתממשות חשש זה.

חשש זה חמור אף יותר ככל שמדובר ב"אחר" – חסר הייצוג הפוליטי, הזר ובעיקר מי שנתפס כ"אויב". הפגיעה ב"אחר", במובחן מפגיעה ב"אנחנו", עלולה להיות דורסנית הרבה יותר והסתברותה גדולה הרבה יותר. משום שפגיעה ב"אחר" לא מעוררת את ההקבלה שלפיה לא נפגע בזכויות כי איננו רוצים שייפגעו גם הזכויות שלנו, היא עלולה להיות חסרת עכבות וגורמים מרסנים. לא חסרים מקרים המתארים החמרה זו. המקרים המובהקים ביותר הם אלו המשלבים "אחרות" זו עם סכנה, או תחושת סכנה, ואפשר לראות דוגמאות לכך בהסדרים דרקוניים המיוחדים ל"מצבי חירום" ולמעשה בהסדרים רבים המאזנים שיקולי ביטחון מול זכויות, כגון זכויות העציר המנהלי. אם כן, טיעונים אלו מספקים הצדקה לקביעת חסמים דאונטולוגיים בדמותן של זכויות מוחלטות, ולכל הפחות לקביעה בדבר מוחלטות של היבטים מסוימים של זכויות אלו.

לכך מההצדקות הכלליות ישנם טיעונים הקוראים להצדקת ההגנה המוחלטת דווקא על הזכות לכבוד אנושי. ייתכן שתפיסת הזכות לכבוד כזכות שאינה אינטואיטיבית – בדומה, למשל, לחופש הביטוי ולהבדיל מן הזכות לחיים – קוראת להגנה חזקה יותר עליה, שכן השיטה המשפטית מתמודדת עם סכנות גדולות יותר של פגיעה בה. סכנות אלה הופכות לעניין מעשי כאשר הפגיעה בזכות לכבוד עומדת מול חשש לפגיעה בחיי אדם, ובשם חשש זה קל להגיע לפגיעה בלתי מידתית בזכות לכבוד. זאת ועוד, גם הרתיעה הטבעית והסטיגמה החברתית השלילית הנלוות לפגיעה בזכויות אינטואיטיבית אינן מתקיימות בכל הנוגע לזכויות בלתי אינטואיטיביות. נדמה שמטיעונים אלו נגזרת גישה אחרת של "מוחלט". ה"מוחלטות" אינה מוצדקת כשלעצמה, אלא ככלי המרומם את הזכות לכבוד מעבר למעמדה המקובל ומסייע לה להתמודד עם הזכויות האינטואיטיבית ובכך מעניק לזכות את מידת ההגנה שלה היא ראויה.

לעומת השיקולים שצוינו לעיל, והתומכים בהגנה המוחלטת על כבוד האדם, יש גם שיקולים נוגדים – גם כאן הם נחלקים לשיקולים כלליים השוללים קביעות מוחלטות באשר הן ולשיקולים השוללים את מוחלטות הזכות לכבוד בפרט. בקרב השיקולים הכלליים אפשר למצוא למשל את הטענה השגורה שלפיה כלל מוחלט לעולם לא יוכל להתאים לכלל המקרים האפשריים, ובקבלתו אנו "מוותרים" על תוצאה צודקת בחלק מן המקרים. טיעון שני הוא שהתייחסות

לזכות כאל מוחלטת יכול להפוך אותה ל"קלף מנצח", דבר העלול להוביל מצד אחד לניסיון לשייך כל טענה חוקתית לזכות זו ולדילתה, ומצד אחר לפרשנות צרה, ולעתים צרה מדי של אותה זכות, כדי למנוע תוצאות אבסורדיות. טיעון שלישי הוא שקביעה שזכות היא מוחלטת נתקלת בבעיה במקום שמשני צדי המתרס נמצאת אותה זכות, וחייבת להתקבל הכרעה המתערפת פגיעה אחת על פני האחרת.

בבחינת השיקולים המתנגדים הספציפיים עולים בעיקר הסתייגויות מהענקת הגנה מוחלטת לזכות שהיא כה עמומה ורחבה כמו הזכות לכבוד והרצון למנוע מצב שבו זכויות אחרות אשר מתנגשות באופן תדיר עם הזכות לכבוד, כגון הזכות לחיים או חופש הביטוי, יסבלו מהגנת-חסר (חשש זה בהקשר של הזכות לחיים הוצג גם לעיל בהשוואה שבין הזכויות בשאלת עליונות הזכות).

הקושי להכריע בין השיקולים התומכים לאלו המתנגדים קורא למצוא דרך ביניים, אשר תנסה לאתר את הצרכים האמיתיים שמוחלטות הזכות לכבוד עונה עליהם, מתוך ניסיון להימנע מן הקשיים. הכיוון המסתמן הוא גזירת היבטים מסוימים של הכבוד האנושי הראויים להגנה מוחלטת או כמעט מוחלטת, אך הימנעות מהענקת הגנה מוחלטת לזכות לכבוד בכללותה. נגזרות מסוימות, ספציפיות ומוגדרות אלו של כבוד האדם ננסה לאתר בשני מקורות עיקריים: הראשון הוא המשפט הבין-לאומי והאחר הוא שישים שנות פסיקה גרמנית המושתתת על מוחלטות זו.

שורת ה"מועמדים" להגנה מוחלטת או כמעט מוחלטת המוצגת בפירוט בחלק האחרון של רשימה זו אינה מלאה, אך נדמה שהיא כוללת את אותם היבטים העומדים בליבת הזכות לכבוד. בין השאר ניתן למצוא איסורים שהם בעלי מעמד קוגנטי במשפט הבין-לאומי, כגון איסור העבדות, העינויים ופשעים נגד האנושות; עקרונות אחרים בתחום הפלילי, כגון איסור על הטלת עיצומים שאינם מבוססים על אחריות ואשמה אישית, על הטלת עונש מוות (ייתכן שאף על הטלת מאסר עולם ללא אפשרות לשחרור מוקדם) וזכותו של אדם שלא להפליל את עצמו; ועקרונות יסוד במשפט הציבורי, למשל מתן זכות טיעון אפקטיבית לפרט לפני ביצוע פעולה מנהלית הפוגעת בו, הזכות ה"חברתית" שעניינה הבטחת קיום מינימלי (חובה פוזיטיבית של המדינה), ואף הזכות שלא לסבול השפלה על רקע גזעני בשל פעולות של המדינה.



כבוד האדם במשפט הגרמני

מיכל קרמר

בהנחיית מרדכי קרמניצר



1. הקדמה

סעיף 1(1) לחוק היסוד הגרמני, הסעיף המעגן את המושג החוקתי של כבוד האדם, קובע:¹

- (1) כבוד האדם לא ייפגע. כל רשות תהיה מחויבת להוקיר אותו ולהגן עליו.
- (2) העם הגרמני מכיר בהיותן של זכויות אדם, שאינן ניתנות לפגיעה או לויתור, כבסיס לכל קהילה, שלום וצדק בעולם.
- (3) זכויות היסוד שיצוינו להלן יחייבו את הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת במישרין.

כבוד האדם, המעוגן בסעיף הראשון לחוק היסוד הגרמני, זוכה למעמד מיוחד, שונה מזה של כל זכות יסוד או ערך חוקתי אחרים. כבוד האדם נתפס כערך עליון, כמושג משפטי בעל חשיבות ראשונה במעלה. עיגונו בחוק היסוד הוא עיקרון חוקתי עליון, והוא בסיס קיומה של הרפובליקה הגרמנית.² בית המשפט

- 1 (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.
- (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.
- (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bundesgesetzblatt III, Gliederungsnummer 100-1.

(לתרגום הרשמי לאנגלית ראו להלן סעיף 1 לנספח.)

- 2 Hasso Hofmann, *Die versprochene Menschenwürde*, 118 AöR 353, 355-356 (1993)

החוקתי פירש לא אחת שכבוד האדם הוא "ערך עליון" של חוק היסוד,³ והספרות המשפטית ראתה בו ערך מחלט המגלם את המשטר הגרמני.⁴ עיגונו של כבוד האדם כערך מרכזי אינו ייחודי לחוק היסוד הגרמני. עוד לפני חקיקתו הודגש ערך כבוד האדם כערך מרכזי בהכרזת העצרת הכללית של האו"ם בדבר זכויות האדם משנת 1948. חוקת דרום אפריקה משנת 1996 בחרה לעגן את כבוד האדם כזכות יסוד מוגנת וקבעה בסעיף 10 לחוקה, שכותרתו "כבוד האדם", ש"לכל אדם כבוד הטבוע בו והוא זכאי לכך שהוא יכובד ויוגן".⁵ עם זאת נראה שאין שיטת משפט נוספת שבה מושג כבוד האדם הוא מרכזי ועקרוני כל כך כמו שיטת המשפט הגרמני.

ההיסטוריה הגרמנית בתקופת המשטר הנאצי ורמיסתו המחלטת של כבוד האדם על ידו השפיעו השפעה מכרעת על תוכנו ועיצובו של חוק היסוד. עיגונו של כבוד האדם כערך עליון בחוק היסוד, והעמדתו במרכזו, נועדו להדגיש את הפרק החדש בחייה של הרפובליקה הגרמנית לאחר מפלתו של השלטון הנאצי. ההגנה על כבוד האדם נועדה ליישם את לקחי העבר ולהציב סולם ערכים חדש תחת הפגיעה בעבר בסטנדרטים אנושיים בסיסיים.⁶

כבר בטיטה לחוק היסוד הגרמני ניתן לכבוד האדם מעמד מחלט ונקבע כי הוא מוגן מפני כל פגיעה בו.⁷ מעמדו המיוחד, המוגן לחלוטין מפני פגיעה, של כבוד האדם בא לידי ביטוי בחוק היסוד הקיים בשניים:

- 3 ראו: BVerfGE 5, 85 (1956), 204; BVerfGE 6, 32 (1957), 41; BVerfGE 27, 1 (1969), 6; BVerfGE 30, 173 (1971), 193; BVerfGE 32, 98 (1971), 108
- 4 Hofmann, *לעיל* ה"ש 2; HORST DREIER, VOL. I, GRUNDGESETZ KOMMENTAR (2. Auflage, 2004) (להלן: DREIER, GG KOMMENTAR), בעמ' 162.
- 5 "Everyone has inherent dignity and the right to have their dignity respected and protected"
- 6 DREIER, GG KOMMENTAR, *לעיל* ה"ש 4, בעמ' 154.
- 7 סעיף 1 לטיטה האמורה (HchE) קבע: "המדינה קיימת לשם בני האדם ולא בני האדם לשם המדינה; אין לפגוע בכבודו של הפרט. כל רשות ציבורית מחויבת להוקיר את כבוד האדם ולהגן עליו" [Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen; Die Würde der menschlichen Persönlichkeit ist unantastbar. Die öffentliche Gewalt ist in allen ihren Erscheinungsformen verpflichtet, die Menschenwürde zu achten und .[zu schützen"]

ראשית, סעיף 79(3) לחוק היסוד קובע את נצחיותו של כבוד האדם כערך חוקתי: שינוי בחוק היסוד, הנוגע לחלוקת הרפובליקה הפדרלית למדינות, להשתתפותן של המדינות בהליך החקיקה או לעקרונות שהונחו בסעיפים 1 ו-20, אינו קביל.⁸ משמעות הדברים היא שפגיעה בכבוד האדם היא לעולם בלתי חוקתית. אף המחוקק בתפקידו כרשות מכוננת אינו יכול להתיר פגיעה בכבוד האדם על ידי תיקון חוק היסוד.⁹

שנית, סעיף 1(1) קובע שכבוד האדם הוא ערך אבסולוטי, כלומר אין לאזן בינו לבין ערך אחר. פגיעה בכבוד האדם אינה יכולה להיות מוצדקת משום מידתיותה. עצם הפגיעה בכבוד האדם כשלעצמה מנוגדת לחוק היסוד. פגיעה כזו לעולם אינה יכולה להיות חוקתית. לפיכך הדגיש בית המשפט החוקתי שכבוד האדם אינו עיקרון יחסי – הוא לא ייסוג מפני זכות או ערך חוקתיים כלשהם.¹⁰ בישראל הערך החוקתי של כבוד האדם מעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהתקבל בכנסת בשנת 1992. תחילה הוצגה לפני הכנסת הצעת חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם, שעברה בקריאה טרומית, אך בשל קשיים קואליציוניים היא

8 “Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig” (לתרגום הרשמי לאנגלית ראו להלן סעיף 2 לנספח).

9 DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 163.
10 ראו למשל עניין BVerfGE 93, 266 (1995), אשר עסק בשאלת האיזון בין חופש הביטוי ובין הפגיעה בשם הטוב. בית המשפט דן במשותף בכמה מקרים שבהם עלבו העותרים בחיילים בביטויים כגון "חיילים הם רוצחים", הורשעו וערערו על הרשעתם. בהסבר שנתן בית המשפט החוקתי לדרך האיזון בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב הוא קבע (בעמ' 293 ואילך), שעל חופש הביטוי לסגת כאשר מדובר בביטוי הפוגע בכבודו של אדם. כבוד האדם לעולם אינו עומד לאיזון כנגד זכות או ערך אחרים. הוא לעולם בלתי פגיע. במקרים הנדונים החזיר בית המשפט החוקתי את הדיון לערכאה אשר פסקה בעניין, כדי שתדון מחדש בהרשעה לאור הקווים המנחים אשר התווה בית המשפט החוקתי בעניין היחס הנכון בין כבוד האדם לחופש הביטוי. בפסק דינו של בית המשפט החוקתי BVerfG, JZ 622 (2003) (להלן: עניין בנטון) עסק בית המשפט בשאלת חוקתיותה של פרסומת לחברת האופנה בנטון. בית המשפט ציין כי באיזון בין חופש הביטוי לבין אינטרס נוגד, כבוד האדם מציב גבול מוחלט לתחום ההגנה המוענק לחופש הביטוי. כבוד האדם לעולם מוחלט ובלתי פגיע. ראו שם, בעמ' 623.

מעולם לא עברה הליכי חקיקה מתקדמים יותר. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא למעשה פרי פשרה שהושגה עקב קשיים קואליציוניים אלה. במקום חוק מקיף, שיעניק לזכויות האדם בישראל מעמד חוקתי, התקבל חוק יסוד המעגן את הזכויות החוקתיות של כבוד האדם וחירותו כ"פרק" במגילת זכויות יסוד שתיחקק בעתיד.¹¹ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הסדיר את ההגנה על זכות הקניין; את ההגנה על החירות האישית; את הזכות לפרטיות; את הזכות לשם טוב; את ההגנה על החיים ועל שלמות הגוף. לצדו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מסדיר חוק יסוד: חופש העיסוק את ההגנה החוקתית על חופש העיסוק. במקוון ובשל אילוצים פוליטיים נעדרת מחוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם בישראל הסדרה מפורשת של זכויות חוקתיות מרכזיות אחרות כגון חופש הביטוי, חופש הדת והמצפון או עקרון השוויון. בהיעדר מעמד חוקתי מפורש לזכויות אלה גברה חשיבותו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן בעזרת פרשנות רחבה לחוק היסוד הקיים, ובייחוד פרשנות משפטית יצירתית למושג "כבוד האדם", שהוא עמום מטבעו, ניתן להקנות לזכויות אלה מעמד חוקתי.

ואכן, בהיעדר הגנה חוקתית מפורשת לזכויות יסוד רבות פותחה בפסיקתו של בית המשפט העליון התפיסה הפרשנית שהזכות לכבוד האדם היא במהותה "זכות מסגרת", אשר אינה מפרטת את הכלול בה במפורש אלא היא בעלת "פרישה פתוחה". על פי גישה פרשנית זו, כל עוד לא "הופרדו" זכויות יסוד מהזכות לכבוד האדם ועוגנו בחוק יסוד מפורש, ניתן לחלצן בדרך הפרשנות מתוך הזכות הקיימת לכבוד האדם.¹² גישה זו דחתה את הפרשנות המצמצמת לכבוד האדם, הרואה את הזכות לכבוד האדם כמעניקה הגנה מפני עינויים ומפני השפלה בלבד, כמו גם את הגישה הרחבה הרואה את "כל הטוב והיפה שבחיים" כנובע מעקרון כבוד האדם.¹³ גישתו הפרשנית המוצהרת של בית המשפט

11 ראו יהודית קרפ "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א 323, 338-340 (תשנ"ג).

12 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, תק"על 2006 (2) 1754 (2006) (להלן: עניין עדאלה נ' שר הפנים), פסקה 31 לפסק דינו של ברק.

13 בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 518 (2004); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון

העליון בחרה אפוא להגן, כחלק מן ההגנה החוקתית על כבוד האדם, על זכויות "הקשורות בקשר ענייני הדוק" לכבוד האדם, הן לגרעינה של הזכות הן לשוליה. עם זאת הפסיקה לא הציעה הגדרה ל"קשר ענייני הדוק" כאמור. בחינת הפסיקה מעלה שעל אף הסתייגויות מפורשות מגישה פרשנית "רחבה" לכבוד האדם, כלל בית המשפט במושג "כבוד האדם" את זכויות היסוד המרכזיות אשר לא עוגנו בחוקי היסוד.

דוגמה מרכזית לעיגונה החוקתי של זכות שאינה מצוינת במפורש בחוק היסוד היא הזכות לשוויון. פסקי דין רבים עסקו בשאלת זכות זו ובעיגונה החוקתי ובעיקר בשאלה מהי הזכות לשוויון הנובעת מכבוד האדם ולכן מעוגנת בחוק היסוד. בפסק הדין בעניין מילר נ' שר הביטחון, אשר עסק בשאלת זכותן של נשים מכוח עקרון השוויון לשרת כטייסות בחיל האוויר,¹⁴ ואשר ניתן בשנת 1995, הכירה השופטת דורנר בזכות לשוויון הנובעת מכבוד האדם רק במקרה של פגיעה בשוויון שמשמעותה השפלתו של אדם, כגון פגיעה בשוויון על רקע מין או גזע.¹⁵ פסק דינה מייצג אפוא גישה פרשנית מצמצמת הרואה את כבוד האדם כמקור לזכות החוקתית לשוויון רק במקרים שבהם הפגיעה בשוויון משמעותה השפלתו של אדם.

פסקי דין אחרים, כמו גם פסיקה מאוחרת יותר, נקטו גישה פרשנית רחבה יותר. בעניין שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, אשר עסק בייצוגן של נשים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות,¹⁶ ציין השופט מצא שעם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הועלה עקרון השוויון למדרגה חוקתית על-חוקית,¹⁷ אף שאינו מעוגן במפורש בחוק היסוד. גישה פרשנית ברורה השמיע הנשיא ברק, אשר קבע שעקרון השוויון הוא זכות בעלת מעמד חוקתי, והוא נכלל בזכות לכבוד.¹⁸ בפסק הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, אשר

בישראל נ' הכנסת, תק-על 2006 (2) 1559 (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון), פסקה 34 לפסק דינו של ברק.

14 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).

15 לפגיעה כזו בשוויון ראו שם, בעמ' 132-133.

16 בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994).

17 שם, בעמ' 526.

18 בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 186 (2000).

ניתן בשנת 2006 ועסק בשאלת חוקתיותו של ההסדר לדחיית שירותם של תלמידי ישיבות אשר "תורתם אומנותם"¹⁹, נראה שגישתו הפרשנית של השופט ברק התקבלה כהלכה מחייבת. פסק הדין קובע שעקרון השוויון הוא זכות חוקתית מוגנת הנגזרת מכבוד האדם.²⁰ גם לאחר מכן התבססה הגישה הפרשנית הרואה בעקרון השוויון זכות חוקתית שהיא חלק מן הזכות לכבוד האדם והפכה לדעה המקובלת בפסיקתו של בית המשפט העליון.²¹

זכויות נוספות, אשר אינן מעוגנות במפורש בחוק היסוד, זכו גם הן למעמד של זכויות חוקתיות הנובעות מן הזכות לכבוד האדם. בין השאר זכו למעמד זה חופש הביטוי;²² חופש הדת והחופש מדת;²³ הזכות לאוטונומיה של

- 19 ראו עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 13.
- 20 ראו עניין התנועה לאיכות השלטון, שם, פסקאות 33, 35-40 לפסק דינו של השופט ברק; פסקה 36 לפסק דינו של השופט חשין.
- 21 ראו עניין עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 12, פסקה 39 לפסק דינו של השופט ברק; פסקה 19 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; פסקה 1 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; פסקה 11 לפסק דינה של השופטת נאור; פסקה 9 לפסק דינו של השופט ריבלין.
- 22 ראו בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 468, 456 (1994). פסק הדין עסק בהחלטת המשיב לדרות את בקשת העותר לקיים הפגנה מול ביתו של הרב עובדיה יוסף במחאה על ישיבת מפלגת ש"ס בממשלה. השופט ברק איזן בפסק הדין בין הזכות לחופש ביטוי לבין הזכות לפרטיות זכויות שוות מעמד הזכות שתיהן למעמד חוקתי (אף שכאמור הזכות לפרטיות, שלא כמו חופש הביטוי, מצוינת במפורש בחוק היסוד). בהתבסס על איזון זה, ובגלל חוסר נכונותם של העותרים להגיע לפשרה באמצעות שינוי הזמן והמקום של ההפגנה, נדחתה העתירה. עוד ראו את פסק דינו של השופט מצא בעניין ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר פ"ד נ(4) 136, 157-156 (1996); פסק דינו של השופט חשין בעניין בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 866 (1999); פסק דינו של השופט ריבלין בעניין ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פ"ד נו(4) 72, 90-91 (2002).
- 23 ראו את פסק דינו של השופט חשין בעניין ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א רשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 619 (1999), שם קבע השופט חשין שהזכות לחרוט על מצבה את תאריך הלידה ואת תאריך הפטירה של אדם על פי הלוח הגרגוריאני היא זכות חוקתית הנובעת מעקרון כבוד האדם. כן ראו שם את פסק דינו של השופט ברק בעמ' 649. עוד ראו את פסק דינו של השופט אור בעניין בג"ץ 6111/94 הוועד לשומרי מסורת נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד מט(5) 94, 106 (1995).

הפרט²⁴ לרבות חופש החוזים;²⁵ הזכות לקיום מינימלי בכבוד לרבות חובתה של הרשות השלטונית להבטיח לפרט מזון ומשקה לקיומו, מקום מגורים, תנאי תברואה ושירותי בריאות;²⁶ והזכות לחיי משפחה.²⁷

כבוד האדם במשפט הישראלי משמש אפוא עוגן לזכויות יסוד רבות אחרות שאינן מעוגנות במפורש בחוק היסוד ושכאמצעות עקרון כבוד האדם זכות למעמד חוקתי. מצב זה מעלה תהיות באשר למהותו ולפרשנותו של כבוד האדם עצמו, שכן ראוי להניח שלישראל נדרשת מגילת זכויות שלמה וכי היא אכן תחוקק ביום מן הימים.

מהות כבוד האדם היא השאלה המנחה בחיבור זה. על פרשנותו הראויה של כבוד האדם אבקש ללמוד מן הניסיון בספרות ובפסיקה הגרמניות, שם כאמור כבוד האדם הוא מושג חוקתי מרכזי המעוגן בחוק יסוד לצד זכויות יסוד פרטיקולריות אחרות.

דומה שעל אף הספרות העשירה והפסיקה הענפה בגרמניה בעניין פרשנותו של כבוד האדם, לא מעטות הסוגיות הנוגעות לפרשנות זו שעדיין שנויות במחלוקת. הסכמה מוחלטת נתונה כאמור באשר למעמד המיוחד של כבוד האדם, אולם דומה שבכך היא גם מתמצה. מהו בדיוק הערך המוגן על ידי כבוד האדם?

24 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526, 575-576 (1999), שבו נדונה זכותו של אדם לאוטונומיה בקבלת טיפול רפואי, לרבות זכותו לקבל מידע ולהסכים לקבלת טיפול רפואי.

25 ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בע"מ נ' משיח, פ"ד מח(2) 66, 72 (1994).

26 ראו בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, תק-על 2005(4) 2605 (2005), פסקה 16 לפסק דינו של השופט ברק. פסק הדין עסק בשאלת חוקתיות הקיצוץ בשיעורן של גמלאות הבטחת הכנסה לנוכה חובתה לעיל של הרשות. ראו גם את גישתו המרחיבה של השופט לוי בפסק הדין, שקבע כי הזכות לכבוד האדם כוללת את הזכות לתנאי מחיה נאותים, שם, בפסקה 2 לפסק דינו. עוד ראו רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375-376 (2001); בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004), פסקה 7 לפסק דינו של השופט ברק.

27 ראו עניין עראלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 12, פסקאות 32-34 לפסק דינו של השופט ברק; פסקה 47 לפסק דינו של השופט חשין.

האם כבוד האדם הוא זכות חוקתית של הפרט הדומה לכל זכות חוקתית אחרת? מי מוגן על ידי כבוד האדם? מה פירושו של האיסור המוחלט לפגוע בכבוד האדם? ומה פירושה של החובה המוטלת על הרשות השלטונית להגן על כבוד האדם? בחיבור זה אבקש לבחון את התשובות שניתנו בספרות ובפסיקה בגרמניה לשאלות הנוגעות לפרשנותו של כבוד האדם בחוק הגרמני. מכאן אבקש להוסיף ולבחון אם פרשנותו של כבוד האדם במשפט הגרמני והדיון האקדמי בגרמניה בשאלת פרשנותו של כבוד האדם עשוי לתרום לפרשנותו של כבוד האדם במשפט הישראלי.

2. פרשנותו של כבוד האדם – רקע תאורטי

פרשנותו של מושג כבוד האדם מציבה שאלה סבוכה לא רק משום מרכזיותו של ערך כבוד האדם כערך מעצב בחשיבה החוקתית הגרמנית, אלא גם משום המטען הפילוסופי וההיסטורי הכללי שהוא חלק בלתי נפרד מהבנתו ומפרשנותו של כבוד האדם. מטען זה מחייב סקירה קצרה של התפתחות המושג.

ראשית ראוי לייחד כמה מילים למונח "כבוד האדם" בשפה העברית. למונח "כבוד" משמעויות רבות בשפה העברית, והוא כולל מובנים שונים של המושג "כבוד" כגון honor, dignity, glory ו-respect.²⁸ אלה חוסים כולם תחת פרשנותה המילולית של המילה "כבוד", אולם מתארים מושג משמעותו רחבה בהרבה מפרשנותו של הכבוד בהקשר של זכויות אדם, היינו פרשנותו כ"כבוד האדם". במקורות הופיע המונח "כבוד" בעיקר במשמעות "honor" להבדיל מ-"dignity", והוא מתפרש כרגשי הוקרה כלפי האחר (כגון הציווי "כבד את אביך ואת אמך"), כלפי ימי חג ומועד ואף כלפי חפצים. בהקשר זה המונח "כבוד" מקבל משמעות של גדולה, הוד והדר.²⁹

בתקופת האימפריה הרומית קושר המושג "כבוד" למעמד חברתי ופוליטי. רק בתקופה האמצעית של הסטואה (מחצית המאה השנייה עד המאה הראשונה לפני הספירה) ניכר שינוי מגמה לקראת הבנה אוניברסלית של כבוד האדם. הפילוסוף הרומי קיקרו הוא הראשון שהשתמש במושג הכבוד שלא במשמעותו המסורתית המתארת מעמד חברתי, אלא כדי להסביר את סגולותיו של בן האנוש כבעל תבונה.³⁰

28 לפרשנותו של המושג "כבוד" לרבדיו בשפה העברית ראו אורית קמיר שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם (2004).

29 Izhak England, *Human Dignity: From Antiquity to Modern Israel's Constitutional Framework*, 21 CARDOZO L. REV. 1903, 1904 (2000) (להלן: England, *Human Dignity*).

30 DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 145.

ימי הביניים התאפיינו בתפיסה רעיונית נוצרית-דתית שנשלטה על ידי רעיון בריאתו של האדם בצלמו של האל. הכתבים הדתיים הדגישו באמצעות תכונות ההבנה והרצון האנושי את מותר האדם מיתר יצורי הבריאה. כבוד האדם קיבל משמעות דתית-נוצרית, והערך המייחד את האדם נתפרש כחובתו של אדם, הזוכה לגאולה, כלפי האל. בתקופה זו טרם התפתחה החשיבה של ערך כבוד האדם מקום גם בסדר החברתי. לפיכך לא מנעה ההכרה בערך האדם את קיומו של חוסר שוויון מעמדי בולט. דוגמה לכך היא העבדות. זו קיבלה את אישורה של הכנסייה, והעמדה השלטת בה לא ראתה בקיומה של עבדות ניגוד לעקרון הבריאה בצלם האל.³¹

התפתחות משמעותית במושג "כבוד האדם" ניכרה בתקופת הרנסנס. ההכרה בערך האדם לא נבעה עוד מהחיבור בין המאמין ובין האל באמצעות הגאולה, אלא מההכרה באדם כיציר הטבע, כבעל תבונה. המשורר והמלומד פטררקה, השייך לראשית זרם ההומניזם של הרנסנס, תיאר את האדם כבעל נפש נצחית, כבריאה בדמותו של האל, כבעל תבונה מולדת, בעל זיכרון, יכולת ביטוי ויצירה. הוא האדיר הן את יכולותיו השכליות הן את סגולותיו הפיזיות של האדם. תכונות אלה מתארות את ערכו של האדם, את ה־dignity, הוא כבוד האדם.³² התפתחות חשובה נוספת הניכרת בכתיבתו של פטררקה היא העיסוק באדם כפרט, כאינדיווידואל. ציון דרך נוסף בהתפתחות מושג כבוד האדם ניכר בנאומו (אשר נכתב אך לא נמסר) משנת 1486 של ג'ובני פיקו דלה מירנדולה (Giovanni Pico della Mirandola) על כבוד האדם, ובו הודגשו היכולת להתפתחות עצמית וללמידה, היינו יכולותיו האינטלקטואליות של האדם.³³

גם בתקופה זו הייתה החשיבה הנוצרית מרכזית בעיצוב דמותו של האדם. תקופת הרנסנס מתאפיינת אפוא בהתפתחות תפיסת החירות, היכולת האנושית וההכרה בערכו של האדם מחד גיסא ובתפיסה הדתית-נוצרית של האדם כתלוי ברחמיו של האל ובגאולה מאידך גיסא. למרות הקונפליקט האמור, התפתחות ההכרה בערך האדם, אשר החלה בתקופת הרנסנס, היא חשובה ביותר, שכן היא

31 שם, בעמ' 146.

32 Englard, *Human Dignity*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 1911.

33 ראו שם, בעמ' 1914-1916.

אשר הביאה מאוחר יותר לידי התפיסה המודרנית של האדם כסובייקט, כבעל שליטה אוטונומית.³⁴

רעיון כבוד האדם קיבל פרשנות מרכזית, חשובה עד היום, בתפיסתו הפילוסופית של עמנואל קאנט. קאנט ראה בכבוד האדם ערך מוחלט, אין שווה לו ואין ערך העולה עליו. בכבוד האדם טמון, לדעתו, ערכו של הפרט האוטונומי. בזכות יכולת החשיבה המוסרית של האדם, היוצרת את האוטונומיה של הפרט, מקבל האדם משמעות. השורש לכבוד האדם הוא אפוא באוטונומיה המוסרית שלו. בזכותה האדם בעל ערך, כיוון שהוא לעולם מטרה בפני עצמה.³⁵ ראוי להדגיש שלפי תפיסתו של קאנט, מוסר וחירות הם מושגים שלובים. ברצון חופשי בלא גבולות ראה קאנט שטות חסרת ערך. הרצון החופשי כפוף אפוא תמיד לציווי מוסרי, והציווי המוסרי הוא כאמור תנאי לכבוד האדם.³⁶

קאנט הגדיר את כבוד האדם בדרך של צו קטגורי: "נהג באדם כמטרה בפני עצמה, לעולם לא כאמצעי בלבד".³⁷ בבסיס התפיסה הפילוסופית הקאנטיאנית מונח הרעיון שהאדם מחויב לנהוג על פי צו מוסרי. מתוכנו של אותו ציווי מוסרי נובעת החובה לראות את האדם לעולם כמטרה בפני עצמה. כבוד האדם והיחס אליו כאל מטרה אינם נובעים משום ציווי טבעי או ציווי אלוהי, אלא מהיותו של האדם בעל חשיבה מוסרית ומתוקף חובה מוסרית של הפרט כלפי עצמו.³⁸

בהתפתחות הפילוסופית של המאה התשע עשרה והעשרים לא נעלם מושג כבוד האדם מן העיסוק המחשבתי, אולם גם לא זכה לפרשנות משמעותית חדשה.

34 ראו שם, בעמ' 1916.

35 MATTHIAS MAHLMANN, ELEMENTE EINER ETHISCHEN GRUNDRECHTSSTHEORIE, 144-152 (2008) (להלן: MAHLMANN, GRUNDRECHTSSTHEORIE).

36 שם, בעמ' 148. להרחבה ראו עמ' 154-158.

37 IMMANUEL KANT, VOL. IV, GRUNDLEGUNG ZUR METAPHYSIK DER SITTEN 429 (1785) ["Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest"]

עוד ראו Englard, *Human Dignity*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 1918-1919.

38 DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 149.

ההתפתחות החשובה באותה תקופה היא החיבור הרעיוני בין ערך כבוד האדם ובין שאלות פוליטיות וחברתיות.

החשיבה העשירה בתחום פרשנותו של מושג כבוד האדם אמנם מספקת רקע להבנתו של המושג, אך אינה מסייעת בחשיפת פרשנותו המודרנית בחוק היסוד הגרמני. למעשה, ההסכמה היחידה בנוגע להגדרתו של כבוד האדם הייתה ועודנה פרשנותו של המושג כפי שהבין אותה המחוקק ההיסטורי של חוק היסוד. כאמור, מעמדו המיוחד של כבוד האדם בחוק היסוד הגרמני נקבע בעקבות הרקע ההיסטורי של עוולות השלטון הנאצי. לנגד עיני המחוקק ההיסטורי עמדו בראש ובראשונה הגנת כבודו של האדם מפני המדינה: הגנתו מפני מעצר שרירותי או מפני פעולה משטרתית שרירותית אחרת, הגנתו מפני גירוש ומפני הוצאה להורג.³⁹

עם זאת הגדרת כבוד האדם כערך מוחלט ונצחי על פי חוק היסוד, הגדרה הקובעת הלכה למעשה שפגיעה בכבוד האדם היא לעולם בלתי חוקתית, וכי כבוד האדם לעולם אינו נסוג מפני כל זכות או ערך חוקתיים אחרים, דורשת פרשנות מעמיקה וחתירה להשגת יתר דיוק בהבנתו.⁴⁰

הפרשנות הפילוסופית והדתית למושג "כבוד האדם" שימשה בוודאי רקע לפרשנותו של הערך החוקתי, אך לנוכח היותו ערך חוקתי ביקש המפרש הגרמני להעניק לו תוכן עצמאי, מנותק מתפיסה פילוסופית או דתית מסוימת אחת, זו או אחרת.⁴¹ למרות שאיפה זו ליצירת מושג אוניברסלי, בכתיבה הנוגעת לפרשנותו של כבוד האדם מוזכרות לרוב כמה תפיסות מחשבתיות המשמשות מקור השראה לחשיבותו, למרכזיותו ולמעשה גם לתוכנו של הערך החוקתי.

ראשית, תמונת האדם וערכו בדת הנוצרית נזכרים רבות בכתבי מלומדים כבסיס רעיוני לפרשנות ערך כבוד האדם. תפיסה זו קושרת את ערך האדם לבריאתו בצלם אלוהים ולחיבור שבין אדם לאלוהים, הבא לידי ביטוי ברעיון

39 שם, בעמ' 154.

40 CHRISTIAN STARCK (Hrsg.), VOL. 1, MANGOLD, KLEIN & STARCK, GG KOMMENTAR 27 (5. Auflage, 2005) (להלן: STARCK, GG KOMMENTAR).

41 DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 143; STARCK, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 40, בעמ' 28-29.

נצחיות הנפש.⁴² מלומדים אחרים, ובהם דרייר (Dreier), מסתייגים מן הפנייה למקור נוצרי כהשראה פרשנית לערך כבוד האדם, גם משום הקשר הבלתי רצוי בין הערך החוקתי של כבוד האדם ובין תפיסה דתית מסוימת, ובעיקר משום שמהתפיסה הדתית לא בהכרח נובעת ההכרה בשוויון כל בני האדם. בהקשר זה ראוי להזכיר שהתפיסה המקובלת בכנסייה הקתולית התנגדה לרעיונות החירות והשוויון, כמו גם להצהרת זכויות האדם ולרעיון קיומו של סדר חברתי ליברלי-אגליטרי. עמדה זו של הכנסייה הקתולית נותרה בעינה עד למאה העשרים והשתנתה רק בעקבות ועידת הוותיקן השנייה (שנתכנסה בראשונה בשנת 1962 ונחתמה בשנת 1965). האפיפיור יוחנן ה-23 היה הראשון שהכיר בכבוד האדם כערך אוניברסלי, להבדיל מכבודו של הנוצרי המאמין.⁴³ לכן קשה לקשור את הערך החוקתי של כבוד האדם, המגן על כבודו של כל אדם באשר הוא, לערך נוצרי כאמור.⁴⁴

תפיסה פילוסופית נוספת הנתפסת כמקור השראה לעיצוב הערך החוקתי של כבוד האדם בחוק היסוד הגרמני היא בלא ספק תפיסתו של הפילוסוף הגרמני עמנואל קאנט שהזוכרה לעיל, ולפיה לעולם אין להפוך את האדם לאמצעי בלבד או להתייחס אליו ככזה; האדם הוא לעולם מטרה בפני עצמה, שכן כך באים לידי ביטוי ערכו ואישיותו העצמאית.⁴⁵ בספרות המשפטית הגרמנית נשמעת רבות הטענה שלמרות השפעתה של הפילוסופיה הקאנטיאנית, פרשנותו המשפטית של ערך כבוד האדם בספרות המשפטית כמו גם פרשנותו של בית המשפט החוקתי נמנעה מלקשור את המושג החוקתי לתפיסה פילוסופית מסוימת.

42 Starck, GG Kommentar, שם, בעמ' 29.

43 PHILIP KUNIG, VOL. I, VON MÜNCH & KUNIG GRUNDGESETZ-KOMMENTAR DREIER, GG ;(KUNIG, GG KOMMENTAR (להלן: 77-78 (5. Auflage, 2000) KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 146-147.

44 KUNIG, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 71.

45 IMMANUEL KANT, DIE METAPHYSIK DER SITTEN, zweiter Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre §38 (1797). לתיאור הדברים בלשונו של קאנט ראו להלן סעיף 3 לנספח. על משמעותה של הפרשנות הקאנטיאנית בפרשנות המושג החוקתי של כבוד האדם ראו DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 148 ואילך; Starck, GG Kommentar, לעיל ה"ש 40, בעמ' 30.

כן נטען שקאנט עצמו הבריל בין ציווי מוסרי ובין ציווי משפטי, כלומר בין מוסר למשפט. זאת ועוד, התפיסה הקאנטיאנית רואה בערך כבוד האדם ציווי מוסרי ולא זכות או ערך המעניק הגנה לפרט מפני פגיעה בכבודו. לכן הדעה המקובלת בספרות היא שערך כבוד האדם החוקתי אינו מממש את הפרשנות לכבוד האדם על פי קאנט.⁴⁶ מנגד, כשבוחנים את הפסיקה הגרמנית ופרשנותה למושג החוקתי של כבוד האדם קשה להתעלם מהשפעתה הניכרת של הפרשנות הקאנטיאנית. אמנם בית המשפט נמנע מלציין זאת במפורש, אולם אחת הגישות הפרשניות הבולטות בפסיקה – נוסחת האובייקט אשר עוד תידון בהרחבה להלן – התפתחה הלכה למעשה מתוך פרשנותו של קאנט למושג כבוד האדם.

46 DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 151.

3. אופיו הנורמטיבי של כבוד האדם בחוק היסוד הגרמני

כפי שכבר נרמז לעיל מן השימוש במונח "מושג חוקתי", אופיו הנורמטיבי של כבוד האדם עדיין שנוי במחלוקת. הצבת כבוד האדם בראש רשימת הזכויות המעוגנות בחוק היסוד; נוסח הסעיף, המעניק על פי לשונו הגנה מוחלטת לכבוד האדם; כמו גם הוראות סעיפים 1(2) ו-1(3) לחוק היסוד, המבדילות לכאורה בין כבוד האדם ובין יתר זכויות היסוד החוקתיות, שימשו בסיס לתאוריה שבה תמך בראש ובראשונה המלומד דוריג (Dürig), ועל פיה סעיף 1 לחוק היסוד מציב "סולם ערכים".

לפי תאוריה זו, שונה מעמדו של כבוד האדם ממעמד שאר הזכויות המעוגנות בחוק היסוד. כבוד האדם על פי גישה זו הוא ערך חוקתי אובייקטיבי ואינו משמש כשלעצמו מקור לזכויות סובייקטיביות.⁴⁷ זכות חוקתית סובייקטיבית מגנה על היחיד ומעמידה לרשותו במישור המשפט החוקתי בסיס לתביעת הרשות, ואילו כבוד האדם כערך אובייקטיבי אינו מעמיד לרשות הפרט זכות או טענה ספציפיים. הוא "מנחה" את חוק היסוד. עם זאת לטענת הרואים בכבוד האדם ערך חוקתי אובייקטיבי לממד האובייקטיבי של כבוד האדם נתונה חשיבות מעשית משמעותית.

כבוד האדם כעקרון יסוד חוקתי מציב אמת מידה ראויה לפעולתן של רשויות המדינה; בנוסף, כבוד האדם משמש ערך מנחה בפרשנותן של זכויות חוקתיות אחרות.⁴⁸ משמעותו כערך מנחה בפרקטיקה היא, על פי הטענה, בעיקר בהגברת הנטל המוטל על הרשות השלטונית להצדיק פגיעה בזכות חוקתית לפי עקרון המידתיות. ערך כבוד האדם כערך מנחה בפרשנותן של זכויות היסוד האחרות מעניק הגנה משמעותית יותר להיבטים בזכות החוקתית הקשורים

47 ראו ROMAN HERZOG, VOL. I, RUPERT SCHOLZ, MATTHIAS HERDEGEN & HANS H. KLEIN, MAUNZ & DÜRIG GRUNDGESETZ KOMMENTAR 12-13 (2007) (להלן: HERDEGEN, GG KOMMENTAR).
48 DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 209.

לכבוד האדם.⁴⁹ משמעות נוספת כערך מנחה יש לכבוד האדם בהטלת חובה על הרשות השלטונית לפעול – כגון חובתה של הרשות להבטיח מינימום של קיום אנושי בכבוד, חובה הנובעת מערך כבוד האדם בצירוף עקרון המדינה הסוציאלית הקבוע בסעיף 20 לחוק היסוד.⁵⁰

הגישה הרואה בכבוד האדם ערך אובייקטיבי מצביעה על ההגנה המיוחדת הניתנת לכבוד האדם לעומת זכויות אחרות הקבועות בחוק היסוד, כמו גם על כך שלעומת זכויות אחרות, פרשנותו של כבוד האדם אינה מציבה "מתחם הגנה" ברור לזכות במובן הרגיל של הדברים.⁵¹ לפי הטענה, כבוד האדם הוא "ערך יסוד" ולא זכות יסוד. היות מושג כבוד האדם רב בשנים ופרשנותו הענפה מחד גיסא ועמימותו של המונח עצמו (על אף אותה פרשנות מרובה) מאידך גיסא, מסייעים אף הם לראות בכבוד האדם ערך פרשני חוקתי מנחה ולא זכות יסוד.

בספרות המשפטית יש הסכמה בעניין הגדרת אופיו של כבוד האדם כציווי אובייקטיבי, אך השאלה אם מדובר גם בזכות סובייקטיבית שנויה במחלוקת הן בספרות המשפטית הן בפסיקה.⁵² הטענה שכבוד האדם הוא זכות חוקתית של ממש (ולא רק ערך חוקתי בדומה לאופייה הסוציאלי של הרפובליקה הגרמנית [Sozialstaatsgebot], המעוגן בסעיף 20(1) לחוק היסוד) נתמכת בהצבתו של כבוד האדם בפרק בחוקה העוסק בזכויות היסוד וכן בנוסחו של סעיף 1(1) לחוק היסוד הקובע שעל כל רשות מרשויות המדינה מוטלת החובה שלא לפגוע בכבוד האדם וכן החובה להגן עליו. מדובר אפוא בזכותו הסובייקטיבית של הפרט, המעניקה לו בסיס לתביעה כלפי הרשות.⁵³

- TATJANA GEDDERT-STEINACHER, MENSCHENWÜRDE ALS VERFASSUNGSBEGRIFF 49
164-166 (1990)
- השוו DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 222-223. 50
- בטענות אלה עוד נדון להלן; בהקשר האמור לעיל ראו שם, בעמ' 208. 51
- KLAUS STERN, VOL. IV/I, DAS STAATSRECHT DER BUNDESREPUBLIK 52
DEUTSCHLAND 68 (2006) (להלן: STERN, STAATSRECHT). 52
- שם, בעמ' 61. 53

בית המשפט החוקתי נטה לפרש את כבוד האדם כזכות בפני עצמה, ואולם כמעט לא ציין זאת במפורש.⁵⁴ למעשה בית המשפט החוקתי הניח כמוכחן מאליו את היות כבוד האדם זכות סובייקטיבית של הפרט.⁵⁵ עם זאת כשבחן פגיעה בכבוד האדם, הגדיר בית המשפט החוקתי לרוב את הזכות הנפגעת כמעוגנת בסעיף 1(1) לחוק היסוד בשילוב סעיפים נוספים המעגנים זכויות חוקתיות או עקרוניות חוקתיות אחרים, ובעיקר בשילוב סעיף 1(2) המעגן את הזכות למימוש עצמי (Persönlichkeitsrecht).⁵⁶ בשלבו את הזכות לכבוד האדם בזכויות נוספות ייתר בית המשפט את הדיון בשאלה אם כבוד האדם הוא זכות חוקתית העומדת בפני עצמה. המלומד שטרן (Stern) ציין שבדרך זו פטר עצמו בית המשפט החוקתי מן השאלה התאורטית של מהות ערך כבוד האדם, שכן טענה לפגיעה בכבוד האדם ובו בלבד כמקימה זכות עצמאית טרם עלתה לדיון בבית המשפט.⁵⁷

המלומד דרייר, אשר אינו רואה בכבוד האדם המעוגן בחוק היסוד זכות חוקתית אלא נוטה לפרשו כערך אובייקטיבי, מסביר שהגישה הבאה לידי ביטוי בפסיקתו של בית המשפט החוקתי מאפשרת הגנה ראויה על כבוד האדם, גם כאשר הוא מתפרש כערך ולא כמקור לזכות סובייקטיבית העומדת בפני עצמה.⁵⁸ דרייר טוען למעשה שלאור הפרקטיקה של בית המשפט החוקתי, הגנה על כבוד האדם אינה דורשת הגדרתו כזכות סובייקטיבית דווקא.

- 54 (1982) 61, 126 BVerfGE, בעמ' 137; KUNIG, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 66-67, STERN, STAATSRECHT, לעיל ה"ש 52, בעמ' 62.
- 55 STARCK, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 40, בעמ' 41.
- 56 סעיף 1(2) לחוק היסוד מעגן את הזכות למימוש עצמי בקבעו: "לכל אדם הזכות לפתח באופן חופשי את אישיותו, כל עוד אין הוא פוגע בזכותם של אחרים, בסולם הערכים החוקתי או במוסר הנוהג" [Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt]. לגישתו של בית המשפט החוקתי ראו MONIKA M. MEINKE, IN VERBINDUNG MIT 44-52 (2006).
- 57 STERN, STAATSRECHT, לעיל ה"ש 52, בעמ' 62.
- 58 DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 209.

גישה פרשנית מקובלת אחרת רואה "שני פנים" לכבוד האדם: פן אובייקטיבי ופן סובייקטיבי. לפי הפרשנות, כבוד האדם כציווי אובייקטיבי מחייב את המדינה להגן על הגשמתו של כבוד האדם, כלומר להבטיח באופן אקטיבי את קיומו. ציווי זה מחייב את הרשות השלטונית להגן על כבוד האדם גם מפני פגיעה אפשרית של צד שלישי בו.⁵⁹ פרשנות זו נובעת אף היא מלשון סעיף 1(1) לחוק היסוד, המעגן את כבוד האדם ומציג לרשות חובה כפולה. סעיף זה קובע את חובתה של הרשות להוקיר (zu achten) את כבוד האדם ואת חובתה להגן (schützen) עליו. הדרישה להוקיר את ערך כבוד האדם נתפרשה כדרישה מן הרשות השלטונית עצמה שלא לפגוע בכבוד האדם. דרישה זו היא המגנה על כבוד האדם מפני פגיעה של הרשות בו, והיא הנתפסת כבסיס לטענה שכבוד האדם הוא זכות סובייקטיבית של הפרט.

הדרישה הנוספת המופיעה בסעיף – להגן על כבוד האדם – נתפרשה כדרישה להגן על קיומו של הערך "כבוד האדם". דרישה זו, המקימה חובה להגן על כבוד האדם מפני כל פגיעה בו, גם פגיעה על ידי צד שלישי, נתפסת כבסיס להבנתו של כבוד האדם כערך חוקתי אובייקטיבי.

המלומד קוניג (Kunig), התומך בפרשנות הרואה שני פנים לכבוד האדם, מסביר שבלי לגרוע מאופיו של כבוד האדם כזכות חוקתית, עיגונו החוקתי של כבוד האדם הוא בגדר הצהרה על עקרונותיה של המדינה, והוא שייך להוראות חוק היסוד המכתיבות את אופייה של הרפובליקה הגרמנית, בדומה לסעיף 20 לחוק היסוד.⁶⁰ על פי גישה זו, כבוד האדם כזכות הוא בעל "אופי כפול": הוא משמש ערך או ציווי אובייקטיבי וזכות סובייקטיבית ממש.⁶¹

פסיקתו של בית המשפט החוקתי לא הציגה, כאמור, עמדה ברורה בשאלה אם מהוראת סעיף 1(1) צומחת זכות סובייקטיבית נוספת על הציווי האובייקטיבי הנובע מן ההוראה. דוגמה בולטת להחלטתו המודעת של בית המשפט החוקתי להשאיר סוגיה זו בלא מענה היא פסקי הדין שבהם נבחנה חוקתיות החקיקה

59 STERN, STAATSRECHT, לעיל ה"ש 52, בעמ' 64-68.

60 KUNIG, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 83.

61 ראו שם, בעמ' 83. לתמיכה נוספת בגישה זו ראו STARCK, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 40, בעמ' 43.

המסדירה את נושא הפסקת ההיריון בגרמניה. באותם פסקי דין נדונה, בין היתר, שאלת חובתה של המדינה להגן על כבוד האדם והחיים של העובר לפני לידתו. בפסקי הדין שדנו בנושא נמנע בית המשפט מלתת תשובה על השאלה אם העובר לפני לידתו זכאי להגנה מכוח זכותו הסובייקטיבית לכבוד האדם או מכוח ההגנה על כבוד האדם כערך אובייקטיבי.⁶² מפסקי הדין הללו גם ניתן להבין את המשמעות המעשית האפשרית של התפיסה הרואה בכבוד האדם ערך חוקתי אובייקטיבי ולא זכות סובייקטיבית: אם כבוד האדם הוא זכות סובייקטיבית של הפרט, ההגנה על כבודו של אדם מותנית בקיומו של סובייקט נושא זכויות. עם זאת נראה שהגישה התומכת בפרשנותו של כבוד האדם כזכות סובייקטיבית התגברה על הקושי האמור בטענת אופיו ה"כפול" של כבוד האדם, כפי שהוא עולה מהוראת סעיף 1(1) לחוק היסוד בכללותה.

המלומד שטארק (Starck), התומך בגישה שכבוד האדם הוא זכות סובייקטיבית, מצביע על הבעייתיות בטענה שכבוד האדם הוא ערך אובייקטיבי בלבד. הוא מסביר שגישה פרשנית זו מקשה על ביסוס טענה ישירה כלפי הרשות השלטונית שלא תפגע בכבוד האדם של הפרט. גישה הרואה בכבוד האדם ערך אובייקטיבי בלבד מעוררת קושי בנוגע לטענה שעל הרשות השלטונית להוקיר את כבוד האדם ולא בנוגע לטענה שהרשות צריכה להגן על כבוד האדם מפני פגיעתו של צד שלישי. במילים אחרות, שטארק טוען שהגישה הרואה בכבוד האדם ערך אובייקטיבי בלבד מספקת הגנה על כבוד האדם מפני פגיעתו של צד שלישי, אך היות שאינה רואה בכבוד האדם זכות סובייקטיבית של הפרט, היא אינה מגנה עליו מפני פגיעתה של הרשות עצמה.

שטארק, הטוען שלכבוד האדם "אופי כפול", מסביר שמהוראת סעיף 1(1) קמה חובתה הכללית של הרשות, שאינה נובעת מזכותו הסובייקטיבית של הפרט, להגן על כבוד האדם. מחובתה הכללית הזאת של הרשות נובעת החובה להגן על כבוד האדם של העובר שטרם נולד (וספק אם הוא נושא זכות סובייקטיבית)

62 ראו BVerfGE 39, 1 (1975), 41-42 (להלן: עניין הפסקת היריון). בפסק דין מאוחר יותר, אשר דן שוב בשאלת ההסדרה החוקית של הפסקת היריון, נותרה גישתו זו של בית המשפט בעינה. השוו BVerfGE 88, 203 (1993). השאלה אשר עוררה את הדין בסוגיה היא אם העובר עצמו נושא זכויות יסוד.

כמו גם החובה להגן על כבודו של המת. עוד נובעת מחובתה הכללית הזאת של הרשות החובה להגן על ערך כבוד האדם בחברה, היינו החובה להגן על ערך זה מפני פגיעתו של צד שלישי. לצד זאת כבוד האדם הוא גם זכות סובייקטיבית.⁶³

3.1. היחס שבין כבוד האדם לזכויות חוקתיות נוספות

כבוד האדם נחשב ערך חוקתי בסיסי בחוק היסוד הגרמני. נוסף על הציווי שהוא מקים – איסור הפגיעה בכבוד האדם וחובת ההגנה על כבוד האדם – הוא משמש ערך מנחה לפרשנות חוקתית. כלומר, פרשנות חוק היסוד כמו גם פרשנות שאר החוקים תיעשה לאור ערך כבוד האדם כערך יסוד של המשפט החוקתי. דוגמה לכך, אשר תידון בהמשכו של חיבור זה, היא הפרשנות הערכית שהעניקו בתי המשפט למונחים "עמומים" בחוק. כך למשל, לעניין פרשנותו של בית המשפט המנהלי למונח "נוהג ראוי" (gute Sitten), שכוונתו היא למקובל ולנהוג בחברה: בית המשפט קבע שהמונח יתפרש לאור עקרון כבוד האדם. בית המשפט קבע אפוא ש"הראוי והמקובל" משמעותו ראוי ומקובל בחברה המגנה על ערך כבוד האדם.⁶⁴ כך גם בפרשנות המונח "סדר ציבורי": בית המשפט פסק שהקביעה בשאלה מתי הסדר הציבורי מופר נעשית על רקע ערכי היסוד של השיטה, המשמשים לפרשנותו של כל מונח משפטי, ובהם ערך כבוד האדם.⁶⁵ מעמדו המיוחד של כבוד האדם כערך העומד בראש חוק היסוד הוביל לטענה שבבסיסה של כל זכות חוקתית נמצא כבוד האדם. במילים אחרות, ב"גרעין

63 Starck, GG Kommentar, לעיל ה"ש 40, בעמ' 43. יש לציין שאת הקושי ששטארק מעלה יכולים התומכים בהיותו של כבוד האדם ערך אובייקטיבי לפתור באמצעות הישענות על הפרקטיקה הנוהגת בבית המשפט החוקתי. כפי שהוזכר לעיל, בית המשפט החוקתי בחן טענת פגיעה בכבוד האדם כטענת פגיעה בזכות הנובעת מסעיף 1(1) לחוק היסוד בשילוב זכות חוקתית נוספת. אפשר לטעון שמדובר בפתרון מעשי בלבד, אולם נראה שהפסיקה, אשר השאירה תשובה לא ברורה לסוגיה, הסתפקה בפתרון זה.

64 ראו את פסק דינו של בית המשפט המנהלי בעניין חוקיות מופעי פיפ-שואו כמו גם את פסק דינו בעניין עריכת מופעי בידור, להלן בסעיף 7.2.

65 ראו את פסק הדין בעניין עריכתם של "משחקי מלחמה", להלן בסעיף 7.2.

הזכות" של כל זכות חוקתית מונח תמיד כבוד האדם. הטענה נתמכת בסעיף 19(2) לחוק היסוד הגרמני, הקובע שבשום מקרה ובשום תנאי אין לפגוע בגרעין זכות היסוד.⁶⁶ הטענה קושרת בין האיסור לפגוע בגרעין זכות היסוד ובין ההגנה המוחלטת המוענקת לכבוד האדם.⁶⁷

גישה זו ספגה ביקורת מצד מרבית המלומדים בספרות הגרמנית. ראשית, נטען שרעיון הזהות בין "גרעין הזכות" של כל זכות חוקתית ובין כבוד האדם אינו מתיישב עם חוק היסוד, כיוון שהוא הופך את הוראת סעיף 19(2) למיותרת ולא נחוצה, שכן סעיף 79(3) לחוק היסוד, אשר הוזכר בנוסחו המלא לעיל, קובע הגנה מוחלטת ונצחית על כבוד האדם. בהנחה שגרעין הזכות של כל זכות חוקתית הוא כבוד האדם, ההגנה המלאה על גרעין הזכות נובעת כבר מסעיף זה, והוראת סעיף 19(2) אינה מחדשת דבר. קיומו של הסעיף והצורך בהגנה מיוחדת על גרעין הזכות החוקתית מצביעים על שוני בין גרעין הזכות ובין כבוד האדם.⁶⁸ עוד נטען שאי-אפשר לראות חיבור ברור בין כל זכות חוקתית ובין כבוד האדם, שכן ההתפתחות ההיסטורית מלמדת שזכויות יסוד כגון זכות הקניין או אף עקרון השוויון הוכרו בטרם הוכר כבוד האדם כזכות או ערך בסיסיים.⁶⁹

66 בגרמנית: (2)19 "In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden"

67 בגישה זו תומך בראש ובראשונה המלומד דוריג. ראו Günter Dürig, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, 81 AöR 117, 120-121 (1956) (להלן: *Dürig, Grundrechtssatz Menschenwürde*).

68 BODO PIEROTH & BERNHARD SCHLINK, *GRUNDRECHTE: STAATSRECHT II*, 70 (23. Auflage, 2007) (להלן: *PIEROTH & SCHLINK, GRUNDRECHTE*).

69 DREIER, *GG KOMMENTAR*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 226-227.

4. מה תוכנו של כבוד האדם?

הגישה המקובלת רואה בכבוד האדם ערך עצמאי. הוא אינו אגד של "גרעין" זכויות היסוד האחרות. כבוד האדם נבדל מן הזכות לחיים, מהחירות הכללית ומהזכות למימוש עצמי (סעיף 2(1) לחוק היסוד) וכמובן מזכויות חוקתיות אחרות. על מה אפוא מגן כבוד האדם? מהו תוכנה של הזכות (או תוכנו של הערך המוגן) לכבוד?

השאלה הראשונה הנשאלת היא אם בכלל אפשר למצוא הגדרה ממצה לכבוד האדם. כבר בשאלה זו חבויה הטענה שהגדרה של כבוד האדם יכולה להקיף את גרעין הזכות בלבד, שכן הגדרה שתכלול מראש את כל היבטיו של כבוד האדם לא תיתכן.⁷⁰

אחת הגישות הרווחת בספרות הגרמנית, ובוודאי הגישה הרווחת בפסיקה הגרמנית, מגדירה את כבוד האדם על דרך השלילה. כבוד האדם, על פי גישה זו, מוגדר לפי הגדרת הפגיעה בו, ותוכן המושג נוצק מאותה רשימת מקרים שבהם הוכרה פגיעה בכבוד האדם. בית המשפט החוקתי הדגיש שכבוד האדם אינו מושג מופשט, אלא הוא מתפתח מתוך הדיון במקרים שנדונה בהם שאלת הפגיעה בכבוד האדם. אי-אפשר אפוא להגדיר מראש (כמקובל בנוגע לזכויות חוקתיות אחרות) מה כולל כבוד האדם ומתוך כך להסיק אם במקרה מסוים נפגע כבודו של אדם, אלא להפך – מהשאלה אם במקרה מסוים נפגע כבוד האדם הולכת ומתבהרת הזכות ומתגבש היקף ההגנה עליה.⁷¹ הגדרתו של כבוד האדם נערכה בסדר הפוך מהגדרתה של כל זכות יסוד אחרת. אם בשאלת הפגיעה בכל זכות יסוד נדרשת תחילה הגדרת תחום הזכות ורק לאחר מכן נבחנת שאלת הפגיעה באותו תחום מוגן, הרי כאשר מדובר בכבוד האדם, תחילה מוגדרת הפגיעה בזכות, ורק כאשר שאלת קיומה של פגיעה נענית בחיוב, מסיקים מתוך כך את תחום התפרשותו של כבוד האדם ואת תחום ההגנה המוענקת לו.

70 KUNIG, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 79.

71 שם, בעמ' 79.

הגדרת הערך המוגן של כבוד האדם אינה נעשית בדרך של הפשטה אלא באמצעות הגדרתה של פגיעה בכבוד האדם. פגיעה כזו ראה בית המשפט במקרים של "הפליה, השפלה ושלילת ערך, הוקעה מתוך החברה או ענישה אכזרית".⁷² נראה עם זאת שגם הגדרתו זו של בית המשפט אינה ברורה דיה לשם הגדרתו של ערך (או זכות) כבוד האדם. ראשית, המונחים בהגדרה זו כגון "השפלה" או "שלילת ערך" אינם ברורים כשלעצמם, והם ניתנים לפרשנות רחבה למדי.⁷³ שנית, וכפי שיתואר להלן, בית המשפט עצמו לא נותר נאמן להגדרה זו וראה פגיעה בכבוד האדם גם במקרים נוספים ועל פי גישות פרשניות אחרות.

המקרים שבהם קבעה הפסיקה במפורש קיומה של פגיעה בסעיף 1(1) לחוק היסוד – היינו פגיעה בכבוד האדם – אינם רבים: כך למשל נקבע שחיובו של חשוד למסור הודאה (כלומר להפלייל עצמו) מהווה פגיעה בכבוד האדם שלו;⁷⁴ שדרישה מעובדת להתחייב להשתמש באמצעי מניעה בתקופת העסקתה מהווה פגיעה בכבוד האדם;⁷⁵ שענישה גופנית, כמו גם שימוש בכוח מופרז על ידי שוטרים, משפילה את האדם ולכן פוגעת בכבודו;⁷⁶ ובכלל שענישה צריכה להיות מידתית לאשמתו של המבצע ולהומרת המעשה, כמו גם שאין ענישה בהיעדר אשמה. כל אלה נובעים במישרין מערך כבוד האדם.⁷⁷ רשימה זו של מקרים "מובהקים" של פגיעה בכבוד האדם היא מצומצמת ואינה מכסה את כל קשת המקרים אשר נדונו בספרות ובפסיקה. גם בדרך זו קשה אפוא לדלות הגדרה של ממש לערך המוגן של כבוד האדם.

- 72 ראו BayVerfGH, Bay VB1. (1982), 47 בעמ' 50: "Diffamierung, Diskriminierung Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung und grausame Bestrafung". כן השווה KUNIG, GG KOMMENTAR לעיל ה"ש 43, בעמ' 77-78.
- 73 AVISHAI MARGALIT, POLITIK DER WÜRDE. ÜBER ACHTUNG UND VERACHTUNG (1997) בעמ' 23-61, 143-159.
- 74 BVerfGE 38, 105 (1974), בעמ' 113. כן ראו KUNIG, GG KOMMENTAR לעיל ה"ש 43, בעמ' 88.
- 75 LAG Hamm, DB (1969), 2354. ראו גם KUNIG, GG KOMMENTAR לעיל ה"ש 43, בעמ' 90.
- 76 שם, בעמ' 95.
- 77 שם, בעמ' 98.

יתרה מזו, חסרונה המובהק של ההגדרה על דרך השלילה הוא באי-הוודאות שבה. קשה לראות כיצד הגדרה כזו תשמש הכוונה לפעולה עתידית של הרשות למשל. הגדרתו של כבוד האדם על דרך השלילה עשויה להיות מספקת במקרים "מובהקים" של פגיעה בכבוד האדם, שהכול מסכימים (לפחות במשפט הגרמני) שנפגע בהם כבוד האדם (למשל על ידי עינויים או השפלה). אולם היא מעוררת קושי כאשר מדובר בסוגיות אתיות עכשוויות הנובעות מההתפתחות הטכנולוגית המודרנית.⁷⁸

גישה פרשנית מרכזית אחרת לפרשנותו של כבוד האדם מכונה "נוסחת האובייקט" (Objektformel). היא מזוהה עם המלומד דוריג ושוורשה נטועים בתפיסתו הפילוסופית של קאנט. על פי גישה זו כבוד האדם נפגע כאשר רואים בפרט אובייקט, כלומר אמצעי בלבד.⁷⁹ נוסחת האובייקט מציגה חשיבה רעיונית המפרשת את תוכנו של כבוד האדם לאור ערכים המנוגדים לחלוטין לאלה שעמדו בבסיס המשטר הנאצי. היא מבקשת להכריז שהמדינה אינה רשאית לעולם ליטול מאדם את ערכו.

נגד נוסחה פרשנית זו, אשר אומצה פעמים מספר על ידי בית המשפט החוקתי,⁸⁰ נטען שחסרונה הגדול באי-בהירותה.⁸¹ כן נטען, ובית המשפט החוקתי עצמו ציין זאת, שהלכה למעשה בחיי היום-יום משמש האדם, ולא לעתים נדירות, הן בידי אחרים והן בידי הרשות, כאמצעי לשם מטרה ולא כמטרה בפני עצמה. לא כל פעולה כזו היא משום פגיעה בכבוד האדם. הדוגמה השכיחה לכך היא עצם כפיפותו של הפרט לחוק, בלי שייבחנו האינטרסים האישיים של הפרט הנדון בכל מקרה ומקרה.⁸² דוגמאות פרטניות יותר הן, למשל, המקרה של "צורך מצדיק", שבו הלכה למעשה בעל האינטרס המוקרב הופך לאמצעי בלבד לשם השגתה של מטרה אחרת הנתפסת כחשובה יותר. דוגמה נוספת היא אשפוזו או כליאתו בכפייה של חולה אשר יש חשש שיפיץ מחלה מסוכנת. מקרים אלה

78 DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 166-167.

79 Düring, Grundrechtssatz Menschenwürde, לעיל ה"ש 67, בעמ' 127.

80 ראו KUNIG, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 80; DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 167, ה"ש 165.

81 PIEROTH & SCHLINK, GRUNDRECHTE, לעיל ה"ש 68, בעמ' 82.

82 ראו BVerfGE 30, 1 (1970), בעמ' 25-26.

הופכים לכאורה את האדם לאובייקט, לאמצעי לשם השגת מטרה, ואולם עם זאת אינם נתפסים כפוגעים בכבודו של אדם.

בפסק דין הנחשב למנחה בסוגיה (המכונה "Abhörurteil") ניסה בית המשפט החוקתי לבאר את "נוסחת האובייקט"⁸³. בית המשפט קבע שם כי כבוד האדם נפגע כאשר נוסף על ראיית האדם כאובייקט בלבד, פעולת הרשות מפקפקת בערכו הסובייקטיבי, או כאשר היחס אל האדם במקרה מסוים מהווה פגיעה שרירותית בכבוד האדם שלו.⁸⁴ הסבר זה ספג ביקורת רבה בספרות, בטענה שלמעשה בית המשפט הותיר את "נוסחת האובייקט" בלתי ברורה כבעבר.⁸⁵ בפרשנות שניתנה בספרות המשפטית לפסק הדין נדונה האפשרות לפגוע בכבוד האדם שלא מתוך שרירות לב (לעומת פסק הדין שהגדיר פגיעה בכבוד האדם כפעולה הנעשית מתוך שרירות לב). פגיעה בכבוד האדם, נכתב

83 BVerfGE 30, 1(1970). פסק הדין עסק בעתירה לביטול סעיף 10(2) לחוק היסוד. סעיף זה קבע סייג לזכות שנקבעה בחוק היסוד לפרטיות של דברי דואר או הודעות תקשורת אחרות. במקרה של סכנה ליסודות הדמוקרטיה או לביטחון המדינה, נקבע בסייג שניתן לפגוע בזכות לפרטיות באמצעות חוק בלא דרישה שלנפגע תימסר הודעה על הפגיעה. משמעות ההוראה היא שאישור פגיעה בפרטיות ייעשה בלא ייצוגו של הנפגע ובלא השמעת טענותיו לפני גוף שיפוטי אשר יחליט על אישורו או דחייתו (ראו פסק הדין בעמ' 23-24). הוראת סעיף 10 לחוק היסוד קובעת:

- (1) לא תיפגע הפרטיות של התכתבויות, דברי דואר ותקשורת אלקטרונית.
- (2) ניתן להורות על סייגים רק מכוח חוק. במקרה שהסייג משמש להגנת הסדר הציבורי החופשי והדמוקרטי או להגנת הקיום או הביטחון של הפרדציה או מדינה ממדינותיה, יכול החוק לקבוע שהאדם שיושפע מכך לא יקבל הודעה על הסייג, ושפנייה לבית המשפט תוחלף בבדיקת המקרה על ידי אורגן שמינה המחוקק.

(לנוסח החוק בגרמנית ובאנגלית ראו להלן סעיף 4 לנספח).

בית המשפט דחה את הטענה שהסייג הקבוע בסעיף 10(2) פוגע בכבוד האדם. אף שהנפגע אינו שותף להליך המכשיר את הפגיעה בזכותו החוקתית לפרטיות, מדובר בהליך שאינו הופך את הפרט לאובייקט ותו לא, שכן לא בהחלטה שרירותית עסקינן ולא בהליך המבטל את האינטרסים של הפרט. לא זכותו של הפרט להגנה מפני שרירות לב עומדת במרכז ההליך אלא ההגנה על קיומה של הדמוקרטיה החופשית.

84 ראו BVerfGE 30, 1(1970), שם, בעמ' 26.

85 Pieroth & Schlink, Grundrechte, לעיל ה"ש 68, בעמ' 82-83.

בספרות, אינה יכולה להיות תלויה בכוונתו של הפוגע, שכן תיתכן פגיעה בכבוד האדם שלא מתוך רצון לנהוג בשרירותיות, או אף פגיעה בתום לב.⁸⁶ יתרה מזו, פגיעה בכבוד האדם אינה קשורה בהכרח למטרה חיצונית ההופכת את הפעולה הפוגעת לאמצעי. פגיעה בכבוד האדם יכולה להיות מטרה בפני עצמה.⁸⁷ דוגמה נוספת לפרשנות על פי "נוסחת האובייקט" היא פסק הדין מן העת האחרונה אשר עסק בחוקתיות הוראותיו של חוק הביטחון האווירי (Luftsicherheitsgesetz).⁸⁸ הרקע לחקיקה היה הניסיון להתמודד עם פגיעה אפשרית באזרחים על ידי כלי טיס, בדומה לפגיעה שהתרחשה ב-11 בספטמבר 2001 בארצות הברית. החוק קבע בין היתר שכאשר כלי טיס עתיד לשמש נשק כלפי בני אדם הנמצאים על האדמה, נתונה לשר הביטחון הסמכות להורות על הפלתו של כלי הטיס.⁸⁹

בית המשפט החוקתי פסל את הוראת החוק וקבע שהיא מנוגדת להוראות סעיפים 1(1) ו-2(2) לחוק היסוד (המעגנים בהתאמה את כבוד האדם ואת הזכות לחיים). בהסבירו את הפגיעה בכבוד האדם, השתמש בית המשפט ב"נוסחת האובייקט" וקבע שבמצב הנדון בהוראת החוק הנוסעים בכלי הטיס (המאיים על חייהם של הנמצאים על הקרקע) הופכים לאובייקט, אמצעי לשם הגנתם של אחרים, דבר שאינו מתיישב עם חובתה של הרשות שלא לפגוע בכבוד האדם.⁹⁰ נגד פרשנותו זו של בית המשפט נטען כי היא שגויה מבחינה לוגית, שכן הנוסעים הנמצאים במטוס אינם מהווים אמצעי לשם השגת המטרה (הצלתם של

86 ראו Hofmann, לעיל ה"ש 2, בעמ' 360; Dreier, GG Kommentar, לעיל ה"ש 4, בעמ' 168; Starck, GG Kommentar, לעיל ה"ש 40, בעמ' 34-35.

87 Hofmann, לעיל ה"ש 2, בעמ' 360.

88 ראו BVerfGE 115, 118 (2006) (להלן: פרשת חוק הביטחון האווירי).

89 ההוראה הופיעה בסעיף 14(3) לחוק וקבעה: "השימוש בנשק קביל כאשר לפי הנסיבות יש להניח שכלי הטיס יופנה נגד חייהם של אנשים ושזהו האמצעי היחיד להגנה מפני אותה סכנה" "Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist", [Luftsicherheitsgesetz vom 11.1.2005, BGBl I, 78

90 BVerfG, NJW 758 (2005)

הנמצאים על הקרקע), אלא שמותם הוא תוצאת לוואי של הפעולה. לפוקדים על ביצוע הפעולה להפלת המטוס אין כל עניין או רצון לפגוע בנוסעי המטוס, והם ודאי היו בוחרים בפעולה שלא תפגע בנוסעים לו הדבר היה אפשרי. הצלתם של הנמצאים על הקרקע אינה נעשית באמצעות המתת הנוסעים שבאוויר אלא באמצעות הפלת כלי הטיס, ומותם של הנוסעים במטוס קשור בקשר סיבתי לאמצעי ההצלה – הפלת המטוס. לכן נטען כי יהיה שגוי להציג את הנוסעים במטוס כ"אמצעי"⁹¹. מנגד וכתשובה על טענה זו ניתן לתהות אם כאשר הפגיעה הקטלנית בנוסעי המטוס היא למעשה ודאית, יש באמת הברל מוסרי בין "שימוש" בהם כ"אמצעי" ממש לבין פגיעה בהם שהיא תוצאת לוואי של אמצעי אחר. ובכל זאת ההבחנה בין אמצעי ובין תוצר לוואי היא הבחנה מקובלת בחשיבה המוסרית.⁹²

במאמר מוסגר מעניין לציין בהקשר זה שבית המשפט החוקתי הזכיר בפסק הדין את כבוד האדם פעמים רבות, אך לא השתמש בו לביסוס זכות סובייקטיבית לכבוד האדם. כבוד האדם שימש בפסק הדין "ערך מנחה" המשפיע על פתרון הסוגיה כולה ובא לידי ביטוי במענה לשאלה אם לאור ערך כבוד האדם המדינה רשאית לפגוע בזכות לחיים. בית המשפט בחן בפסק הדין את השאלה אם הוראת חוק המתירה פגיעה מכוונת בחייהם של נוסעי מטוס למטרת הגנה על חייהם של הנמצאים על הקרקע היא הוראה חוקתית, סוגיה הנוגעת לשאלת הפגיעה בזכות לחיים. התמודדותו עם השאלה נעשתה תוך פנייה לערך כבוד האדם ובחינת השפעתו על סוגיית האיזון והשקילה של חיי הנוסעים לעומת חיי הנמצאים על הקרקע. בשקילה "מספרית" כזו ובראיית הנוסעים כ"אמצעי" ראה בית המשפט החוקתי פגיעה בכבוד האדם.⁹³

Reinhard Merkel, §14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und 91
Merkel, *warum darf der Staat töten?* JZ 373, 379-380 (2007)

(Luftsicherheitsgesetz)

ראו דוד אנוך "מה ההבדל בין פעולות טרור לבין חיסולים?: מחשבה על ההבחנה בין 92
גרימת נזק מכוונת לבין גרימת נזק צפויה לחפים מפשע" בלי כוונה – פגיעה בחפים
מפשע בזמן מלחמה בטרור 105, 111-115 (דוד אנוך, עידו פורת, ראם שגב ומרדכי
קרמניצר עורכים, 2007).

93 ראו פרשת חוק הביטחון האווירי, לעיל ה"ש 88, בעמ' 151-160.

בית המשפט החוקתי המשיך ופיתח את הפרשנות לכבוד האדם על פי "נוסחת האובייקט", וחידד ופסק שכבוד האדם נפגע כאשר היחס אל האדם הוא כאל אובייקט ותו לא, היינו כאשר האדם מאבד כל זהות סובייקטיבית. לכן אין לראות פגיעה בכבוד האדם אם תפיסת האדם כאובייקט מלווה ב"פיצוי": התייחסות אל האדם גם כאל סובייקט. כך למשל, שירות בכוחות הצלה, למרות הוויתור על זכויות יסוד הכרוך בו (שכן על המשרת בכוחות הצלה לקבל עליו סיכון חיים מוגבר בנסיבות שבהן אדם אחר אינו חייב להסתכן כך), אינו פוגע בכבוד האדם בגלל שיקול זה. כל עוד מדובר בהחלטה עצמאית (כלומר בעלת ממד סובייקטיבי) לשרת בכוחות הצלה, זו החלטה של הפרט לוותר על זכויות יסוד מסוימות, ובהן גם הזכות לחיים.⁹⁴ לכן המשרת בכוחות הצלה אינו נתפס כאובייקט ואין בשירותו בכוחות הצלה משום פגיעה בכבוד האדם שלו.

יש להבדיל בין נוסחת האובייקט ובין ניסיונו של בית המשפט ליצור הגדרה על דרך השלילה לכבוד האדם. אמנם אפשר לראות דמיון בין הגדרתה של פגיעה בכבוד האדם במקרים של "הפליה, השפלה ושלילת ערך" ובין "נוסחת האובייקט", הרואה פגיעה בכבוד האדם כאשר הוא מאבד את זהותו הסובייקטיבית והופך לאובייקט, אולם מהמקרים אשר נדונו בפסיקה על פי "נוסחת האובייקט" עולה שנוסחת האובייקט מגדירה פגיעה בכבוד האדם באופן רחב יותר. כך למשל, בפסק הדין שעסק בהוראות חוק הביטחון האווירי – במקרה זה נטען כאמור שפגיעה בנוסעי המטוס לשם הצלתם של הנמצאים על הקרקע הופכת את הנוסעים לאובייקט. אמנם אפשר לחלוק על קביעה זו, אך ברור שאין מדובר כאן ב"השפלה" של נוסעי המטוס. הטענה שנשלל אופיו הסובייקטיבי של אדם והוא הפך לאובייקט רחבה אפוא מטענת השפלה.

נוסף על נוסחת האובייקט פותחו בספרות הגרמנית כמה גישות פרשניות הנותנות הגדרה פוזיטיבית לכבוד האדם ומצביעות על מתחם הגנה המוענק באמצעותו בחוק היסוד.

הגישה האחת מכונה "תאוריית הירושה" (Mitgifttheorie), והיא מגדירה את כבוד האדם לנוכח הערך הניתן לאדם מן הטבע או מן האל. לכן התאוריה

94 ראו Jens Kersten, *Die Tötung von Unbeteiligten*, NVwZ 661, 662-663 (2005)

נחלקת לשתיים: גישה אחת רואה את כבוד האדם כנובע מערך תאולוגי-נוצרי ואת האדם כבריאה בצלמו של האל; הגישה האחרת רואה בכבוד האדם ערך של משפט הטבע וכוללת פרשנות אידאליסטית המשתיתה את ערך האדם על אוטונומיה ובחירה חופשית. שתי הגישות הללו, החולקות כאמור בסיס משותף, אינן מכירות בהתפתחויות ובפרשנויות אקטואליות למושג כבוד האדם. הן אינן מפרשות את ערך כבוד האדם לאור התפיסה החברתית המקובלת כיום, אלא לאור מקורו התאולוגי או הפילוסופי. לפיכך הגישות הפרשניות של תאוריית הירושה מתבססות על תפיסה תאולוגית, ולחלופין על עמדה פילוסופית, ולא על תאוריה משפטית.⁹⁵ תאוריית הירושה מעוררת כמה קשיים: ראשית, היא אינה מבחינה ולמעשה יוצרת זהות בין שני ערכים חוקתיים נבדלים – ערך כבוד האדם וערך החיים (נושא אשר יידון עוד להלן) – שכן התאוריה רואה את כבוד האדם ככרוך בקיומם של חיים אשר נוצרו בצלם אלוהים; שנית, הבסיס הדתי לגישה מעורר קושי, שכן אינו מתאים לעיצובו של ערך חוקתי במדינה חילונית.⁹⁶ גישה נוספת להגדרתו הפוזיטיבית של כבוד האדם מכונה "תאוריית ההגשמה" (Leistungstheorie). תאוריה זו רואה בהגשמה אישית ביטוי לערך כבוד האדם. ערכו של האדם נובע מבחירה חופשית ומהגשמה עצמית. לעומת תאוריית הירושה, פרשנות זו של ערך כבוד האדם אינה מבוססת על תאוריה פילוסופית. היא אינה רואה את ערך כבוד האדם כנובע מהגדרה קבועה מראש של תכונות, אלא מבינה את ערך כבוד האדם כבא לידי ביטוי בתהליך של בניית הזהות העצמית. הפרט הוא המגדיר את כבודו כאדם.

גישה פרשנית זו אינה מעניקה הגנה על כבוד האדם למי שאינם כשירים (או אינם כשירים עוד) לפתח זהות עצמית וחופש בחירה, כגון המוגבלים בשכלם, החולים או אף הקשישים, ובכך חולשתה העיקרית. תאוריית הירושה, לעומתה, מכירה בכבוד האדם של כל אדם באשר הוא אדם.⁹⁷ לעומת זאת יתרונה

95 PIEROTH & SCHLINK, בעמ' 169; DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 81.

GRUNDRICHTE, לעיל ה"ש 67, בעמ' 81.

96 Hofmann, לעיל ה"ש 2, בעמ' 361.

97 Hofmann, שם, שם; DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 169; PIEROTH & SCHLINK, GRUNDRICHTE, לעיל ה"ש 68, בעמ' 81.

עם זאת ניתן לטעון שגישת תאוריית הירושה, המתבססת על ערך האוטונומיה והבחירה החופשית, מעלה בעיה זהה באשר לכבוד האדם של מי שהם נטולי יכולת בחירה חופשית כגון מוגבלים בשכלם.

הבולט של תאוריית ההגשמה הוא בהתאמתה הרעיונית לערכי חוק היסוד. הקו המנחה השזור בערכים חוקתיים אלה, כגון ערך מדינת חוק, ערך המדינה הסוציאלית, כמו גם חירויות היסוד וערך השוויון, הוא שהם נועדו לאפשר את זהותו הסובייקטיבית של הפרט במדינה ולהבטיחה. תפיסת כבוד האדם כמבטא אף הוא ערך זה יוצרת אפוא הרמוניה פרשנית חוקתית. יתרונה הנוסף של תאוריית ההגשמה, שכבר צוין לעיל, שהיא חפה מכל רקע דתי או פילוסופי הפונה לקבוצה אחת מסוימת, ולכן היא מתאימה לשמש בסיס ליצירתו של ערך חוקתי שוויוני הפונה לכול.⁹⁸

התאוריות המציעות פרשנות לכבוד האדם דרות זו לצד זו. בפסיקה ובספרות אפשר למצוא לכל אחת מהן תימוכין. קיום משותף זה עשוי ליצור לעתים סתירה פרשנית ממש – בעיקר בין נוסחת האובייקט, המבקשת להגן על כבוד האדם על ידי התנגדות להפיכתו של האדם לאובייקט, לאמצעי בלבד, ובין הגישות הפרשניות האחרות המדגישות את היבט האוטונומיה והבחירה החופשית.

דוגמה לסתירה אפשרית כזו אפשר לראות בדיון המשפטי בגרמניה בשאלת חוקיות הפעלתם של מופעי פיפ־שואו לאור פרשנותו של ערך כבוד האדם. ראשיתה של הסוגיה בפסיקתו של בית המשפט המנהלי של גרמניה בעתירה למתן אישור להפעלתו של פיפ־שואו: מקום שבו הצופים יכלו לצפות מתוך תא פרטי בנשים שהציגו את גופן. הצפייה נעשתה דרך חלון שנפתח לזמן קצוב לאחר ששלשלו בו סכום מסוים. הנשים מצדן לא יכלו לראות את הצופים בהן. הוראת החוק הרלוונטית הייתה סעיף 33a לחוק רישוי עסקים (Gewerbeordnung) אשר קבע בין היתר כי לא יינתן רישיון להפעלתו של בית עסק שפעילותו מנוגדת לנהוג ולמקובל בחברה (ל־gute Sitten). מושג זה של נוהג ראוי פורש בפסיקה ברוח סולם הערכים שבחוק היסוד. על פי פרשנות זו, פעולה הפוגעת בערכים שבחוק היסוד, ובוודאי פעולה הפוגעת בערך כבוד האדם, היא פעולה המנוגדת לנוהג הראוי.

בפסק הדין הראשון שעסק בסוגיה הסביר בית המשפט ששלילת רישיון מבית עסק משום שפעולותיו מנוגדות לערכים חוקתיים היא ביטוי לחובתו של המחוקק

98 Hofmann, לעיל ה"ש 2, בעמ' 362.

להגן על ערכים אלה.⁹⁹ בית המשפט קבע שכבוד האדם נפגע כאשר האדם מאבד מערכו והופך לאובייקט, ופגיעה כזו מתקיימת במופע של פיפ־שוואו. הצגת הגוף העירום כשלעצמה (כמו במופע חשפנות למשל) אינה מהווה פגיעה בכבוד האדם, אולם במופע פיפ־שוואו כבודה של האישה נרמס ומציגים אותה כאובייקט ותו לא: אופן התשלום של הצופה, המשלשל מטבע לאוטומט כדי לצפות באישה, הופך את גופה של האישה ל"סחורה" הנמכרת דרך אוטומט (בדומה לכל סחורה אחרת הנמכרת באופן זה); העובדה שהאישה עצמה אינה רואה את הצופה בה ואינה יוצרת עמו כל קשר ישיר; העובדה שכל צופה נמצא בתא אישי שבו הוא יכול להגיע לסיפוק מיני; כל אלה הופכים את האישה לאובייקט המוצג לשם סיפוקו המיני של הצופה ופוגעים בכבודה. בית המשפט הוסיף והדגיש שהשתתפותה של האישה מרצונה במופע הפיפ־שוואו אינה גורעת מן הפגיעה בכבוד האדם – כבוד האדם הוא בעל ערך אובייקטיבי, כללי, והפרט אינו רשאי להחליט שהוא מוותר על כבודו. הפגיעה בכבודה של האישה במקרה זה אינה קשורה להסכמתה או לאי־הסכמתה, אלא לאופן הצגתה במופע, כפי שתואר לעיל.¹⁰⁰

פסק הדין האמור ספג ביקורת נוקבת שהציגה את הניגוד בין הגישות הפרשניות לכבוד האדם. הביקורת התמקדה במיוחד בהנמקתו של בית המשפט, שהתרכזה באיסור להפוך אדם לאובייקט והתעלמה מהיבט חשוב נוסף של כבוד האדם, הא ערך המימוש העצמי והבחירה החופשית.¹⁰¹ נטען שהנימוקים שהציג בית המשפט בפסק דינו מעוררים סכנת פגיעה בחירותו של הפרט בשם כבוד האדם והופכים אותו ל"אובייקט חינוכי" המשרת תפיסה מסוימת של כבוד האדם.¹⁰² מנורמה שנועדה להגן על חירותו של הפרט, כבוד האדם הופך לנורמה

99 BVerwGE 64, 274 (1981), בעמ' 277 לפסק הדין.

100 שם, בעמ' 279-280.

101 Dreier, GG Kommentar, לעיל ה"ש 4, בעמ' 219, והשוו Thomas Discher, *Die Peep-Show-Urteile des BVerwG*, JuS 642, 645 (1991). על היבט

המימוש עצמי כחלק מכבוד האדם בפסיקת בית המשפט החוקתי ובית המשפט המנהלי בגרמניה ראו אצל Geddert-Steinacher, לעיל ה"ש 49, בעמ' 89-92.

102 Dreier, GG Kommentar, לעיל ה"ש 4, בעמ' 219. עוד ראו Günther Frankenberg, *Die Würde des Klons und die Krise des Rechts*, 33 KRITJ 325, 331 (2000).

המטילה חובה על הפרט לנהוג באופן מסוים, כ"מתחייב" מפרשנותו של כבוד האדם על ידי צד שלישי, הוא הערכאה השיפוטית.¹⁰³

את בעיית הסתירה הפרשנית פתר פסק דין מאוחר יותר של בית המשפט המנהלי באותו נושא. בית המשפט שינה שם את הנמקתו וקבע שהאיסור לקיים את מופע הפיפ־שואו מוצדק לא בשל פגיעה בכבוד האדם, אלא בשל פגיעה ב"נוהג הראוי" כשלעצמו על פי סעיף 33a לחוק רישוי עסקים.¹⁰⁴ בית המשפט נסוג מן הטיעון בדבר פרשנות ערך כבוד האדם וקבע שמופע כזה הוא פגיעה ב"נוהג הראוי" על פי ניתוח סוציולוגי-חברתי.¹⁰⁵

לצד תאוריית הירושה ותאוריית ההגשמה יש המציגים תאוריה נוספת המפרשת את ערך כבוד האדם כזכות שבסיסה בהכרה חברתית. גישה זו, אשר פותחה על ידי המלומד הופמן (Hofmann), רואה את מקור הבעייתיות בגישות הפרשניות הפוזיטיביות שהוצגו לעיל (תאוריית הירושה ותאוריית ההגשמה) בפרשנות כבוד האדם כערך סובייקטיבי המתרכז בפרט, בתכונותיו ובהגשמתו העצמית. קושי נוסף נובע מהבסיס הפילוסופי לקיומן – בין שהמדובר בבסיס רעיוני דתי (תאוריית הירושה) ובין שהמדובר בתפיסה אידאליסטית של אופי האדם (תאוריית ההגשמה).

על רקע ביקורת זו טען הופמן שכבוד האדם אינו תכונה או מאפיין של האדם. לגישתו יש לפרש את כבוד האדם כזכות להכרה חברתית ולהגשמת דרישות לגיטימיות של הפרט בחברה. ערך כבוד האדם הוא ההכרה הניתנת לאדם על ידי סביבתו.¹⁰⁶ על פי הפרשנות האמורה, ערך כבוד האדם בחוק היסוד הגרמני הוא גם הבסיס האידאולוגי לעצם קיומה של הרפובליקה הגרמנית וגם

Horst Dreier, *Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, in FESTGABE 50 JAHRE BUNDESVERWALTUNGS-GERICHT 201, 219 (2003) (להלן: Dreier, *Menschenwürde in der*

Rechtsprechung

104 BVerwGE 84, 314 (1990). שלא כבהחלטתו הראשונה, פירש בית המשפט את המושג "נוהג ראוי" לא לאור ערך כבוד האדם אלא לאור הערכה אמפירית של המציאות המקובלת.

105 לפרשנות פסק הדין השוו עוד Dreier, *Menschenwürde in der Rechtsprechung*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 217-220.

106 Hofmann, לעיל ה"ש 2, בעמ' 364; DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 169-170.

זכות של הפרט. השילוב בין שני רכיבים אלה של כבוד האדם בחוק היסוד מביא לידי התפיסה שהמדינה קיימת לשם הגשמתו של כבוד האדם, או במילים אחרות לשם הגשמה של הכרה הדדית על בסיס שוויוני בין בני האדם החיים בחברה נתונה. כבוד האדם הוא ערך יסוד של החברה וכל חבריה מחויבים לו. הופמן הרגיש שמשמעותה של "הכרה הדדית" כאמור אינו רק הגנה הדדית על החיים, שלמות הגוף או חירותו של הפרט, אלא הכרה בכל היבט של קיום ופיתוח האישיות והגנה עליו.¹⁰⁷ הערך המוגן על ידי כבוד האדם בחוק היסוד אינו תכונה או שאיפה של היחיד אלא "סולידריות חברתית".¹⁰⁸

אף גישה זו אינה חפה מבעיות פרשניות. היא מניחה שהאדם קשור לחברה נתונה, ופרשנות זו עשויה להיות בעייתית, שכן חברה עשויה להגביל את ההשתייכות אליה הן לפי השתייכותם הלאומית של הפרטים בחברה הן לאור גילם ומצבם הבריאותי. שאלות נוספות המתעוררות בגישה פרשנית המבססת את כבוד האדם על ההכרה החברתית הניתנת לו הן השאלות הנוגעות לכבוד האדם שטרם נולד (שאלה אשר תידון להלן) כמו גם שאלות בנוגע לכבודו של המת.¹⁰⁹ גישה רעיונית נוספת, הרואה אף היא את כבוד האדם כמתבסס על הקשר שבין אדם לסביבתו החברתית, היא גישתו של הסוציולוג הגרמני הברמס (Habermas). לגישתו, כבוד האדם אינו בגדר תכונה היכולה להתקיים או שלא להתקיים באדם (כמו חוכמה או צבע עיניים מסוים). כבוד האדם נובע מהכרה הדדית בחברה שבה כל בני האדם שווים זה לזה. גישתו של הברמס כורכת את כבוד האדם בהכרה חברתית ומוסיפה עליה את עקרון השוויון כבסיס מחייב. כבוד האדם, לגישתו של הברמס, נבנה בד בבד עם תהליך בניית אישיותו של אדם והוא תוצר של התערות בחברה.¹¹⁰ עם זאת הבסיס לאותה הכרה חברתית הדדית על פי הברמס אינו חיוב מוסרי. לגישתו, ההכרה החברתית נובעת פשוט מטבע האדם; היא המציאות. נראה שגישתו זו של הברמס אינה מביאה לידי ביטוי את רעיון נצחיותו של כבוד האדם הטבוע בחשיבה החוקתית הגרמנית.

107 Hofmann, לעיל ה"ש 2, בעמ' 369-371.

108 שם, בעמ' 364.

109 התשובות שהציג הופמן במאמרו אינן נראות מספקות. השוו Hofmann, שם,

בעמ' 374 ואילך.

110 ראו MAHLMANN, GRUNDRECHTSSTHEORIE, לעיל ה"ש 35, בעמ' 252-255.

ההכרה החברתית אינה רואה את כבוד האדם כנצחי ומחלט, אלא להפך, כנתון לשינוי. זאת ועוד, אחת מתוצאות גישתו זו של הברמס היא שכבוד האדם אינו חל על החיים שלפני הלידה. עם זאת אין הברמס שולל לחלוטין את קיומה של הגנה על החיים שלפני הלידה, אלא מבחין בין כבוד האדם, שהוא ערך הנובע כאמור מהכרה חברתית, ובין הערך המוענק לחיים האנושיים, שממנו נובעת ההגנה גם על החיים שלפני הלידה.¹¹¹

הטענה הנפוצה היא שהגישות הפוזיטיביות אשר תוארו לעיל מספקות הגדרה מעורפלת בלבד לכבוד האדם. תוכנו של המושג החוקתי ותחום ההגנה שהוא מספק נקבעים בסופו של דבר בפסיקה, לאור המקרים שבהם נדונה טענת פגיעה בכבוד האדם.¹¹² גם הפסיקה עצמה נקטה גישה פרשנית פוזיטיבית להגדרת כבוד האדם במיעוטם של המקרים. הגישה השלטת בפסיקה היא פרשנותו של כבוד האדם על דרך השלילה בעקבות הכרה פרטנית בקיומה של פגיעה בכבוד האדם. לצד גישה זו, כלומר מלבד הגדרתו השלילית של כבוד האדם, ניתן למצוא בפסיקה, כפי שתואר לעיל, דוגמאות ליישומן של גישות פרשניות אחרות, בעיקר של הגישה הפרשנית על פי "נוסחת האובייקט".¹¹³

עיון בכתביה על פרשנות ערך כבוד האדם מגלה שיש תמימות דעים כמעט מוחלטת, המתבססת על ההתפתחות ההיסטורית בפסיקה, באשר למקרים מובהקים שבהם כבוד האדם נפגע. רשימה זו של מקרים יוצרת למעשה את תחום ההגנה הבסיסי המוענק על ידי כבוד האדם. ראשונה ברשימה היא פגיעה בכבוד האדם שמקורה הוא פגיעה בעקרון השוויון שבין בני האדם, כגון עבדות, סחר בבני אדם או הפליה הפוגעת בערכו של האדם.

שנייה נכללת ברשימה פגיעה בכבודו של אדם שמקורה פגיעה בזהותו ובשלמותו הגופנית והנפשית באמצעות עינויים,¹¹⁴ באמצעות התערבות רפואית

111 שם, בעמ' 253.

112 השוו Michael Klopfer, *Leben und Würde des Menschen*, in Festschrift 112 Klopfer, 50 Jahre Bundesverfassungsgericht 77, 82-83 (2003) (להלן: *Leben und Würde*).

113 Pieroth & Schlink, *Grundrechte*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 82.

114 יש לציין בהקשר זה את דעות המיעוט הנוגדות של המלומדים הרדגן ושטארק, החולקים – כל אחד מנימוקיו – על הקביעה שעינויים מהווים תמיד ובכל מקרה פגיעה בכבוד האדם. ראו להלן בחיבור זה ליד ה"ש 195-201 ו-212.

בכפייה או בדרך של מרמה לשם מחקר או מטרת זרות אחרות, שלילת רצונו החופשי של האדם (בהשפעת סמים או היפנוזה), השפלה מסיבית ושיטתית או פגיעה מסיבית בגופו או בנפשו של אדם.

שלישית היא פגיעה בכבוד האדם בעקבות הסתלקות המדינה מאחריותה לדאוג לתנאי הקיום הסוציאליים של הפרט כגון הזנחה ניכרת של תפקיד המדינה כמדינת חוק וכמדינה סוציאלית בשירותיה לפרט, הזנחתו של חסר והיעדר תמיכה בקיום מינימלי.¹¹⁵

המלומדים בגרמניה חלוקים בהקשר זה בשאלה אם המדינה חייבת לספק תנאי קיום מינימליים לפרט. המלומדים פירות (Pieroth) ושלניק (Schlink) טוענים בסוגיה זו שחובת המדינה תלויה בסטנדרטים המקובלים כמו גם ברמת העושר באותה חברה.¹¹⁶ לגישתו של המלומד קוניג העיגון החוקתי של כבוד האדם מחייב את המדינה להגשים תנאי קיום מינימליים לפרט. עם זאת אין מדובר בחובה לדאוג לרווחתו המוחלטת של הפרט, כי אם בחובה לאפשר מינימום של קיום בלבד. לגישתו, בעצם קיומה של מערכת סוציאלית ממלכתית ממולאת חובתה האמורה של המדינה לחלוטין.¹¹⁷ גם הופמן תומך בגישה שהגדרתו המוסכמת של כבוד האדם כוללת הגנה על קיום חומרי מינימלי.¹¹⁸ קלופפר (Klopfer) אף מסביר שהגנה על קיום מינימלי היא גרעין מרכזי במשמעותו של כבוד האדם. לגישתו, החובה לאפשר קיום מינימלי עולה כבר מתוך פרשנותו של כבוד האדם כערך אובייקטיבי ומחובתה של הרשות להגן על כבוד האדם, כלומר למנוע פגיעה בקיום מינימלי. לגישתו, כבוד האדם אינו צריך להתפרש כזכות סובייקטיבית כדי שתוסק המסקנה שחלק מרכזי בהגנה על כבוד האדם הוא הגנה על קיום מינימלי.¹¹⁹ מנגד, שטארק טוען (בדעת מיעוט בספרות הגרמנית) שהערך החוקתי של כבוד האדם אינו דורש רמת חיים מסוימת המייצגת "חיים בכבוד". על פי פרשנות זו, כבוד האדם אינו מציב את החובה לדאוג לאורח חיים מסוים של הפרט ואינו נותן בידו

115 Hofmann, לעיל ה"ש 2, בעמ' 363, DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 170, PIEROTH & SCHLINK, GRUNDRECHTE, לעיל ה"ש 68, בעמ' 83. ש.ם 116
117 KUNIG, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 84.
118 Hofmann, לעיל ה"ש 2, בעמ' 363.
119 Klopfer, *Leben und Würde*, לעיל ה"ש 112, בעמ' 91.

זכות כלכלית או סוציאלית. החובה הנובעת מהעיגון החוקתי של כבוד האדם היא החובה להימנע מלהשפיל, להימנע מלפגוע בגרעין הכבוד האנושי.¹²⁰

4.1 כבוד האדם כ"גרעין הזכות החוקתית"? – כבוד האדם וההגנה על הפרטיות

לפי גישה פרשנית אחרת, שכבר הוזכרה לעיל בסעיף 3.1, כבוד האדם נמצא בגרעין של כל זכות חוקתית. גישה זו נדחתה כאמור על ידי מרבית המלומדים. עם זאת, תמיכה חלקית לגישה זו ניתן לראות בפסקי הדין של בית המשפט החוקתי העוסקים בזכות לפרטיות. הפסיקה העוסקת בהגנה על הפרטיות הבחינה בין תחומים אחדים של פרטיות וההגנה עליהם וקישרה את ההגנה על התחום האינטימי ביותר בחייו הפרטיים של אדם, הוא גרעין הזכות לפרטיות, עם ההגנה המוענקת לכבוד האדם.¹²¹

בטרם אפנה לתיאור הפסיקה אציין שהזכות לפרטיות אינה מעוגנת כפשוטה ובמפורש בחוק היסוד הגרמני. תחומים מסוימים של חיי הפרט זוכים להגנה (כגון ההגנה על מוסד הנישואין ועל התא המשפחתי בסעיף 6 לחוק היסוד; ההגנה על פרטיות דברי דואר בסעיף 10 לחוק היסוד; ההגנה על המעון בסעיף 13 לחוק היסוד), אך הזכות הכללית לפרטיות (allgemeine Persönlichkeitsrecht) היא יציר הפסיקה ומקורה בסעיף 2(1) לחוק היסוד המגן על הזכות לחירות אישית ולהתפתחות אוטונומית בשילוב סעיף 1(1) לחוק היסוד המעגן את כבוד האדם.¹²² בפסקי דין אחדים פיתח בית המשפט החוקתי את "תאוריית התחומים" (Sphärentheorie)¹²³ המבחינה בין כמה רמות של החיים האישיים – מן התחום הציבורי ועד הרמה האינטימית ביותר של התחום הפרטי – ובהתאם

- 120 STARCK, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 40, בעמ' 35.
- 121 Philip Kunig, *Der Grundsatz informationelle Selbstbestimmung*, JURA 595, 602-603 (1993)
- 122 הפרשנות שנתן בית המשפט החוקתי לזכויות חוקתיות בדרך של שילוב כמה סעיפים מחוק היסוד הוזכרה כבר לעיל, ליד ה"ש 56-57.
- 123 ראו בהרחבה DIETWALT ROHLE, DER GRUNDRECHTLICHE SCHUTZ DER PRIVATSPHÄRE (1980)

בין כמה רמות של הגנה עליהן. כבר בפסק דינו משנת 1957 ציין בית המשפט החוקתי שכבוד האדם מספק הגנה מוחלטת על התחום הפרטי ביותר בחייו של אדם – התחום האינטימי – שהוא "המפלט האחרון" של החירות האישית המוגן לחלוטין מפני כל התערבות של הרשות.¹²⁴ עם זאת, הפסיקה לא הבהירה מהו אותו "תחום אינטימי", הוא גרעין הזכות לפרטיות, החוסה בצלה של ההגנה על כבוד האדם.

דיון מקיף בנושא מופיע בפסק דינו של בית המשפט החוקתי שעסק בשאלה אם בית המשפט רשאי לעיין ביומניו האישיים של הנאשם ברצח במשפט פלילי.¹²⁵ הנאשם, שנחשד בהכאתה של אישה למוות, לא הודה בעובדות המעשה. אחת הראיות שהוצגו נגדו הייתה יומניו האישיים, שבהם תיאר את קשייו ביצירת קשר ארוך טווח עם נשים ואת הזעם שעוררו בו נשים בשל כך. בפסק הדין נחלקו השופטים בדעותיהם: ארבעה מן השופטים סברו שבמסגרת ההליך הפלילי רשאיות הרשויות הרלוונטיות לעיין ביומנים, שכן הם אינם משתייכים לתחום האישי המוגן לחלוטין. לגישתם, משהעלה הנאשם את מחשבותיו על הכתב, הוציא אותן מתוך התחום האינטימי ביותר והסתכן בכך שאדם אחר יוכל לקרוא את הדברים. יתרה מזו, אמנם הכתוב אינו מתאר את מעשה הפשע עצמו, אך הדברים נוגעים למחשבותיו של הנאשם, המגלות את הסכנה הגלומה בו, והם מתארים את התהליך אשר הביא אותו לידי ביצוע הרצח ולכן אינם שייכים לתחום האינטימי המוגן, אלא ניתנים לחשיפה בשם האינטרס הציבורי לכיורו של מעשה פשע.¹²⁶ ארבעת השופטים האחרים סברו, לעומתם, שיומניו של הנאשם מוגנים לחלוטין מפני עיון בהם, משום שהם שייכים לתחום האינטימי ביותר של החיים הפרטיים. על פי גישה זו, הדברים אשר הועלו על הכתב הם בעלי אופי אינטימי ביותר, והם חושפים את רגשותיו וחיבוטי נפשו של הנאשם. הדברים אמורים להישאר עלומים ואינם פתוחים לעיונו של איש

124 ראו (1957) BVerfGE 6, 32, בעמ' 41. בית המשפט ציין את הדברים בדיון בעתירה (אשר נדחתה) בעניין סירובה של הרשות להעניק לעותר, פוליטיקאי אשר מתח ביקורת על המשטר הקיים, אישור לנסוע אל מחוץ לגבולות גרמניה לשם השתתפות בכנסים פוליטיים.

125 ראו (1989) BVerfGE 80, 367 (להלן: פרשת היומנים).

126 ראו שם, בעמ' 376-378.

מלבד הנאשם עצמו.¹²⁷ עקב חילוקי הדעות בין השופטים שישיבו בדין לא נתגבש רוב לדעה, שעיון ביומנים והערכת הכתוב בהם בהליך הפלילי פוגעים בזכויותיו של הנאשם. לכן התיר בית המשפט החוקתי באותו עניין את העיון ביומניו של הנאשם בהליך הפלילי. ההחלטה וחילוקי הדעות שבה מביאים לידי ביטוי את הקושי להבחין בין אותו תחום אישי של הפרט, המוגן לחלוטין מפאת כבוד האדם, ובין התחום הפרטי שבו תיתכן פגיעה, כמובן תוך בחינת מידתיותה. שאלת ההגנה המוחלטת על גרעין התחום הפרטי עלתה שוב לדיון בפסק דין אשר ניתן במרס 2004 ועסק בשאלת חוקתיות הוראות בחוק סדר הדין הפלילי הגרמני, שנועדו ללחום בפשע המאורגן ולאפשר מעקב אחר חשודים במעורבות בפשיעה מאורגנת בדירתם באמצעות האזנות סתר.¹²⁸ בית המשפט קבע שההגנה החוקתית על המעון (סעיף 13 לחוק היסוד) וההגנה על כבוד האדם מספקות הגנה מוחלטת על גרעין החיים הפרטיים: על הזכות להביא לידי ביטוי רגשות, מחשבות והשקפות, שהם בעלי אופי אישי לחלוטין, בלא חשש שייחשפו על ידי הרשויות. מעונו של הפרט מעניק לפרט חלל אישי, נסתר בדרך כלל מעינם של זרים, שבו הוא יכול להתבטא.¹²⁹ מעקב אחר שיחות פרטיות של אדם, כגון שיחות עם בני משפחה או שיחות אחרות הנושאות אופי אישי במיוחד, הנעשות בדירתו של אדם, הוא חריג לגרעין אינטימי אשר ההגנה עליו מוחלטת, ולכן הוא בלתי חוקתי. לפיכך ציטוט לשיחות בדירתו של אדם עשוי להיות מותר רק כאשר מדובר בשיחות אשר סביר שהן קשורות למעשה פשע. בהתבסס על האמור קבע בית המשפט ש"מעקב כללי" על דירתו של אדם, העשוי לכלול ציטוט גם לשיחות אינטימיות, הוא בלתי חוקתי משום הפגיעה בכבוד האדם.¹³⁰ זוהי הפעם הראשונה שבה בית המשפט ציין במפורש שההגנה על התחום האינטימי בחייו של הפרט נובעת מתוך ההגנה המוחלטת הניתנת לכבוד האדם (ולא מתוך ההגנה היחסית המוענקת – כלכל זכות יסוד אחרת – לזכות לפרטיות).¹³¹

127 ראו פרשת היומנים, לעיל ה"ש 125, בעמ' 380-381.

128 BVerfGE 109, 279 (2004)

129 ראו שם, בעמ' 313.

130 ראו שם, בעמ' 323.

131 Erhard Denninger, *Verfassungsrechtliche Grenze des Lauschens – השוו* 131
Der "große Lauschangriff" auf dem Prüfstand der Verfassung, ZRP

ההגנה המוחלטת על התחום הפרטי בחייו של אדם הוזכרה שוב בפסק דין שניתן בפברואר 2008. בפסק דין זה פסל בית המשפט החוקתי את הוראותיו של חוק במדינת נורדרייין-וסטפאליה (Nordrhein-Westfalen) אשר הסמיכו את הרשות להגנה על חוקת גרמניה לעקוב בחשאי אחר גלישה באתרי אינטרנט כמו גם לבחון בחשאי מערכות מידע אלקטרוניות.¹³² חלק הארי של פסק הדין עסק בפיתוחה ובפרשנותה של זכות יסוד "חדשה" – הזכות להגנה על מערכות מידע אלקטרוניות,¹³³ שהיא ביטוי לזכות לאוטונומיה אישית. נקבע שהוראות החוק הנבחן פוגעות בזכות זו ואינן עומדות בדרישת המידתיות.¹³⁴ בית המשפט חזר והזכיר, לצד אפשרות הפגיעה המידתית שבמעקב אחר הפרט, את גרעין הזכות, התחום האינטימי, הנתון להגנה מוחלטת. בית המשפט ציין שבמהלך החדירה למערכות נתונים אלקטרוניות תיתכן חדירה לנתונים אישיים כגון יומנים אישיים, סרטים או הקלטות קול. אלה, כך קבע בית המשפט, הם ביטוי לחוויה אישית ביותר ולכן נהנים מהגנה מוחלטת הנובעת מן ההגנה על כבוד האדם. בית המשפט הוסיף וקבע שמעקב אלקטרוני עשוי לחשוף נתונים הנוגעים בגרעין זכותו של אדם לפרטיות. לפיכך הוראות החוק המאפשרות מעקב כאמור יעמדו בבחינה חוקתית רק אם החוק יספק כלים להערכת המידע הנתון למעקב בטרם נחשף מידע זה. אם יתברר שהמידע העתיד להיחשף הוא מידע השייך לתחום האינטימי בחייו של אדם, הרשות תידרש להימנע מלבחון ולחשוף אותו.¹³⁵ החוק אינו מכיל הוראות מיוחדות לבחינתו ומניעת חשיפתו של מידע אינטימי כאמור, ולכן גם משום כך הוראות החוק אינן חוקתיות.

101, 101-102 (2004); Martin Kutscha, *Verfassungsrechtlicher Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung – nichts Neues aus Karlsruhe?*, NJW 20, 21 (2005)

132 ראו פסק הדין BVerfG NJW 822 (2008) (להלן: פרשת המעקב האלקטרוני).
133 ובגרמנית: Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme

134 שם, בעמ' 824 ואילך. השוו עור Martin Kutscha, *Mehr Schutz von Computerdaten durch ein neues Grundrecht?*, NJW 1042, 1042-1043 (2008)

135 ראו פרשת המעקב האלקטרוני, לעיל ה"ש 132, בעמ' 833-834.

5. למי נתונה הזכות לכבוד האדם?

הזכות לכבוד נתונה לכל אדם באשר הוא אדם. שאלת הלאום, הגיל, המצב הבריאותי הגופני או הנפשי של אדם, תכונותיו האישיות, יכולתו של האדם לתקשר עם סביבתו ו/או כל הבחנה אחרת אינן רלוונטיות לעניין זכותו של כל אדם לכבוד. התנאי היחיד שההגנה החוקתית על כבוד האדם מציבה הוא היותו של האדם בן אנוש. במילים אחרות, הדרישה היחידה לשם הענקת ההגנה על כבוד האדם היא שיש סובייקט מוגן, בלא שום רלוונטיות לתכונותיו. אדם אינו יכול לאבד את זכותו לכבוד ואינו יכול לוותר עליה.¹³⁶

בסעיף 3 לעיל תוארה המחלוקת בעניין אופיו הנורמטיבי של כבוד האדם. בנוגע למחלוקת זו יש לציין כי גם התומכים בגישה שכבוד האדם הוא ערך חוקתי אובייקטיבי, ולא זכות סובייקטיבית, טוענים כי לשם הגנה על הערך יש להגדיר תחילה מיהו המוגן על ידי ערך כבוד האדם, כלומר להגדיר את הסובייקט המוגן.¹³⁷

אין חולק על כך שהזכות לכבוד האדם נתונה גם למוגבלים מבחינת חירותם המשפטית או האישית כגון קטינים, עצורים ואסירים¹³⁸ ובעלי נכות נפשית.¹³⁹ בשאלת השמירה על כבוד האדם של המוגבלים בנפשם עדיין יש כמה סוגיות בלתי פתורות. הואיל והמוגבלים בנפשם אינם יכולים לדאוג לצורכיהם, לעתים יש לכפות עליהם פעולות מסוימות באופן המציג אותם כאובייקט אשר ברגיל היה נחשב לפגיעה בכבוד האדם.¹⁴⁰ כך למשל, כפיית קבלת תרופה בהזרקה או

136 השוו פסק הדין בעניין BVerwGE 45, 187 (1977)

137 DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 173.

138 ראו פסק דינו של בית המשפט בעניין חוקתיות מאסר עולם BVerfGE 45, 187 (1977) (להלן: עניין חוקתיות מאסר עולם).

139 Volker Neumann, *Menschenwürde und psychische Krankheit*, 76 KRITV 139 (1993) 276, 283 (להלן: Neumann, *Menschenwürde und psychische Krankheit*).

140 Klopfer, *Leben und Würde*, לעיל ה"ש 112, בעמ' 95; DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 172. דיון בשאלות פתוחות בסוגיית ההגנה על

בדרך אחרת בלא הסכמתו של החולה. מתן טיפול בכפייה בלי לעורר את שאלת הסכמתו של החולה הופכת את החולה לאובייקט במערכת הרפואית ופוגעת אפוא לכאורה בכבוד האדם שלו.¹⁴¹ דוגמאות נוספות הן אי-מסירת מידע רפואי לחולה¹⁴² או כבילתו של החולה (כבילת ידיו או כבילת גופו למיטת טיפול), לעתים למשך שעות ארוכות או אף ימים.¹⁴³ היות כבוד האדם ערך מוחלט, שאינו נסוג מפני זכויות או חובות אחרות (כגון החובה לשמור על בריאותם של החולים) מעורר במקרה זה קושי שטרם נמצא לו פתרון. שאלה מרכזית בהקשר זה היא פרק הזמן שבו יש לראות אדם כנושא הזכות לכבוד האדם ולחלופין כסובייקט הזוכה להגנה. מתי מתחילה ההגנה על כבוד האדם? ועד מתי היא חלה?

5.1. תחילת ההגנה על כבוד האדם

מועד תחילת ההגנה על כבוד האדם נדון על ידי בית המשפט החוקתי בגרמניה בפסקי דין שעסקו בשאלת ההסדרה החוקית של הפסקות היריון. בפסקי דין אלו קבע בית המשפט החוקתי במפורש שההגנה על כבוד האדם חלה בד בבד עם תחילתם של החיים האנושיים. בפסק דינו החשוב הראשון של בית המשפט החוקתי בסוגיה קבע בית המשפט ש"כל מקום שבו יש חיים אנושיים, מתלווה להם כבוד האדם".¹⁴⁴

כבוד האדם של המוגבלים בנפשם ראו אצל Neumann, *Menschenwürde und psychische Krankheit*, לעיל ה"ש 139, בעמ' 276 ואילך.

141 שם, בעמ' 276.

142 שם, בעמ' 279.

143 שם, בעמ' 282.

144 ראו עניין הפסקת היריון, לעיל ה"ש 62, בעמ' 41: "Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu". לדיון בהרחבה בשאלת מועד תחילתם של החיים, ומכאן גם מועד תחילת תחולתו של כבוד האדם, ראו KUNIG, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 156; DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 359, פרשנותו של הלמוט שולצה פיליץ (Helmut Schulze-Fielitz) לסעיף 2(2) לחוק היסוד; Horst Dreier, *Grenze des Tötungsverbot* - Teil 1, JZ 261 (2007).

בפסק הדין נשארה פתוחה השאלה אם העובר עצמו נושא את הזכות החוקתית (לחיים כמו גם לכבוד) או שהוא מוגן מכוח ערך חוקתי אובייקטיבי. פסק הדין לא נתן אפוא מענה לבעייתיות שבקביעה שעובר יכול לשאת זכויות. עם זאת קבע פסק הדין בבירור שעובר שטרם נולד הוא יצור אנושי חי הזכאי להגנה חוקתית.¹⁴⁵

בפסק דינו השני בסוגיה חזר בית המשפט על קביעתו הראשונה שגם עובר שטרם נולד זכאי להגנה המתחייבת מכבוד האדם.¹⁴⁶ טענה זו נשמעה גם בספרות המשפטית אשר קשרה את שאלת תחילתה של ההגנה החוקתית על החיים לשאלת תחילתה של ההגנה החוקתית על כבוד האדם.¹⁴⁷ בית המשפט החוקתי פסק שהחיים האנושים מתחילים בשלב שבו הביצית המופרית נקלטת ברחם (כשניים עשר ימים לאחר ההפריה), ומשלב זה ואילך הם ראויים להגנה. היות שנקבע שהתחלת ההגנה על כבוד האדם זהה להתחלת ההגנה על החיים, הרי מנקודת זמן זו ואילך העובר שטרם נולד זכאי להגנה גם מכוח ערך כבוד האדם.¹⁴⁸ לפי דעה אחרת בספרות הגרמנית, ההגנה החוקתית על החיים מתחילה עוד קודם לכן, כבר בשלב החיבור בין תא הזרע לתא הביצית.¹⁴⁹

החלטתו של בית המשפט החוקתי גם ספגה ביקורת. עמדת מבקרי ההחלטה הייתה שקיומם של חיים במוכן הביולוגי אינו מחייב בהכרח את המסקנה שחיים אלה נושאים את הזכות לכבוד האדם ולחלופין מוגנים של ידי הערך החוקתי של כבוד האדם. הביקורת הייתה, במילים אחרות, שקביעתו של בית המשפט מנומקת במישור הביולוגי של מדעי הטבע אולם לא במישור הנורמטיבי, שהוא המישור הרלוונטי להכרעה בסוגיה זו.¹⁵⁰ טענה נוספת אשר נטענה נגד פסק הדין הייתה שיש סתירה בין קביעתו התאורטית של בית המשפט, מחד גיסא, שמן היום השנים עשר להפריה, אשר נקבע בפסק הדין כמועד התחלת החיים

145 ראו עניין הפסקת היריון, לעיל ה"ש 62, בעמ' 41.

146 BVerfGE 88, 203 (1993), בעמ' 252.

147 Klopfer, *Leben und Würde*, לעיל ה"ש 112, בעמ' 79.

148 ראו עניין הפסקת היריון, לעיל ה"ש 62, בעמ' 37 ואילך.

149 ראו KUNIG, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 156.

150 DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 173.

האנושיים, זכאי העובר להגנה על כבוד האדם שלו, ובין תוצאת פסק הדין, אשר אישר את הסדר החוקי המתיר ביצוען של הפסקות היריון עד השבוע השנים עשר להיריון, אם התקבל ייעוץ מתאים.¹⁵¹

המלומד דרייר טוען אפוא שבשאלת הסדרתן החוקית של הפסקות היריון אין בית המשפט נדרש כלל לפנות להנמקה המבוססת על ערך כבוד האדם ויכול לבחון את הסוגיה מתוך פרשנותה של הזכות החוקתית לחיים. לא בכל מקום שנבחנת טענה לפגיעה בחיים נדרשת גם בחינתה של פגיעה בכבוד האדם. בחינתה של הסוגיה כסוגיה הנוגעת לערך החיים היא בחינה עדיפה, לגישתו, שכן היא מאפשרת איזון בין זכויות חוקתיות. לעומת זאת אם תיבחן הסוגיה כפגיעה בכבוד האדם, לא יתאפשר כל איזון, שכן כבוד האדם הוא ערך מוחלט, וכל פגיעה בו אסורה, תהא מטרת הפגיעה או הערך שלמענו נעשתה אשר תהיה.¹⁵² טענתו של דרייר נקשרת לטענה כללית יותר שלו, אשר תידון שוב בהמשך, בדבר שימוש מופרז בערך החוקתי של כבוד האדם.

5.2. סיום ההגנה על כבוד האדם – כבודו של המת

בית המשפט החוקתי קבע את מועד תחילתם של החיים כמועד תחילתה של ההגנה החוקתית על כבוד האדם. אולם ההקבלה בין תחולת ההגנה על החיים ותחולת ההגנה על כבוד האדם אינה מוחלטת – ההגנה על כבוד האדם מתחילה בד בבד עם תחילתם של החיים אולם אינה מסתיימת בסיימם.¹⁵³ על פי פסיקתו של בית המשפט החוקתי, את הזכות לכבוד האדם אין האישינו נושאת וגם לא האדם כישות משפטית. גם האדם המת מוגן בחוק היסוד מפני ביטול ערכו או מפני הפיכתו לאובייקט.¹⁵⁴

הדעה המקובלת היא אפוא שההגנה על כבוד האדם נמשכת גם לאחר המוות. מכאן נובעת ההגנה על כבוד גופו של המת. כך למשל, גופו של אדם לא

151 שם, בעמ' 175-176.

152 שם, בעמ' 173-176.

153 KUNIG, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 73.

154 שם, בעמ' 74.

יוצג לאחר מותו אלא למטרות מחקר מדעי ולימוד (להבדיל ממטרות אמנותיות או מטרות מסחריות המהוות פגיעה בכבוד האדם).¹⁵⁵

בדיון בשאלת כבודו של המת נקבע עוד כי במקרה של מוות מוחי של אישה הרה, הארכה מלאכותית של תפקוד איברים אחרים בגוף כדי שהאישה, שאינה בחיים עוד, תוכל להמשיך ולשאת את העובר שבתוכה, מהווה פגיעה בכבוד האדם. הדיון בשאלה התעורר בעקבות מקרה שאירע באוקטובר 1992. צוות רפואי דאג להחייאה מלאכותית של אישה שהייתה בחודש הרביעי להריונה ואשר נהרגה בתאונת דרכים. פעולה זו נעשתה כדי לתת הזדמנות להמשיך את חייו של העובר שנשאה, אף שהסיכוי להמשיך את חייו עד למועד שבו היא בר חיים מחוץ לגוף האישה היה נמוך ביותר. אותה החייאה מלאכותית לשם שמירה על חיי העובר נמשכה ארבעים יום. השאלה התאורטית אם בכך גרם הצוות הרפואי לפגיעה בכבוד האדם של אותה אישה נדונה בספרות המשפטית מאוחר יותר. יש לציין שבמקרה זה סברו הרופאים כי לא יהיה אפשר להציל את חייה של האישה וככל הנראה לא יהיה אפשר להציל גם את חייו של העובר. ההיסטוריה הרפואית לא הכירה מקרה שבו הוארכו חיים באופן מלאכותי לתקופה ארוכה כל כך כדי להגן על חייו של עובר בבטן אמו, וסיכויי ההישרדות של העובר היו נמוכים ביותר. לפיכך טענו המלומדים שהרופאים ראו באישה ההרה "אובייקט מחקר" ופגעו בכבוד האדם שלה.¹⁵⁶

155 כך נקבע למשל בפסק דינו של בית המשפט במדינת בוואריה. באותו עניין דובר בתערוכה בשם "עולם הגוף – האמת המרתקת" אשר הציגה את הגוף האנושי ואיברים מתוכו (חלקי גוף של ממש אשר שומרו בעזרת החלפתו של נוזל הגוף בחומר מלאכותי: menschliche Plastinate). בית המשפט קבע שהצגת הגוף אינה מהווה פגיעה בכבוד האדם כאשר מדובר בהצגתו למטרה לימודית, דידקטית, להבדיל מהצגתו למטרת בידור או שעשוע. השוו לפסק הדין (2003) BayVGh NJW 1618, בעמ' 1620. ראו גם Christoph Thiele, *Plastinierte "Körperwelten," Bestattungszwang und Menschenwürde*, NVwZ 405 (2000)

156 השוו Paul Heuermann, *Verfassungsrechtliche Probleme der Schwangerschaft einer hirntoten Frau*, JZ 133 (1994) ובייחוד בעמ' 138; Anna Hochreuter, *Gebärzwang und tote Frau als Brüterin – patriarchale Ethik?*, 27 KRITJ 67, 72-74 (1994)

משום ההגנה על כבוד גופו של המת גם אין לתרום את איבריו או להשתמש בהם לצורכי מחקר רפואי בלא שניתנה הסכמתו לכך בחייו או הסכמתם של בני המשפחה לאחר מותו.¹⁵⁷

בית המשפט החוקתי פסק עוד שמן ההגנה על כבוד האדם נובעת גם ההגנה על זכרו של המת. ההגנה על זכרו של המת אינה נסמכת על הזכות החוקתית הקבועה בסעיף 2(2) לחוק היסוד, המגנה על אישיותו של האדם החי (שכן זכות זו אינה חלה לאחר המוות), אלא על ערך כבוד האדם.¹⁵⁸ לפיכך, ציין בית המשפט בפסק דינו, הפגיעה בכבוד המת היא בלתי חוקתית ואינה ניתנת להצדקה, שכן כבוד האדם לעולם חסין מפני פגיעה ואינו נסוג מפני זכות או ערך חוקתי אחרים. בית המשפט הוסיף וקבע שבגלל משמעותה תיבדק בדקדקנות כל טענה על פגיעה בכבוד האדם של המת. גם הספרות ראתה בשאלת הפגיעה בכבודו של המת עניין שיש לבחון בדקדקנות מרובה בגלל תוצאותיה הקיצוניות של פגיעה בכבוד האדם.¹⁵⁹

157 DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 177.
158 החלטתו של בית המשפט החוקתי ניתנה בפסק הדין (2001) BVerfG NJW 2957, שעסק בעתירת בתו של וילהלם קייזן המנוח, פוליטיקאי במפלגה הסוציאל-דמוקרטית וראש העיר לשעבר של ברמן. הבת עתרה כנגד מודעה של מפלגת הימין הקיצוני (DVU Deutsche Volkunion), שבה נראתה תמונתו של קייזן (לצד תמונתם של אישים בולטים אחרים מן המפלגה הסוציאל-דמוקרטית כגון פרידריך אברט ולצד תמונתו של פרידריך אנגלס) בליוויית הכיתוב "גם הוא היה מצביע DVU". עוד הופיע במודעה ציטוט מתוך נאום שנשא קייזן, שהורכב מחלקי משפטים מהנאום אשר חוברו יחדיו כדי להעניק להם משמעות לאומנית. בית המשפט החוקתי קבע באותו עניין שאין לראות בביטוי האמור פגיעה בכבודו של קייזן המנוח. לתמיכה בהחלטתו ציין בית המשפט שברור שהערכים שבהם תומכים פוליטיקאים מהמפלגה הסוציאל-דמוקרטית מנוגדים לחלוטין לערכים של מפלגת DVU. כן יש לזכור שהדברים נאמרו בקמפיין פוליטי, שבו ההגנה על חופש הביטוי היא רחבה. אמירות הנאמרות במהלך קמפיין כזה ייחשבו לעתים רחוקות לפוגעות בכבוד האדם. האמירות לא נועדו לפגוע בכבודו של קייזן. הן משייכות אותו לציבור המצביעים ל-DVU, טענה שהיא ספוקלטיבית בלבד (שכן בזמנו של קייזן מפלגה זו לא הייתה קיימת כלל). ראו שם, בעמ' 2958-2959.

159 כך למשל, בסוגיית תרומת איברים נטען שאין לראות בעצם הפגיעה בשלמות גופו של המת פגיעה בכבוד האדם. ראו Werner Heun, *Der Hirntod als Kriterium des Todes des Menschen – Verfassungsrechtliche Grundlagen und Konsequenzen*, JZ 213, 217 (1996)

פרשנות שונה במקצת הציע המלומד קוניג. לגישתו, כבוד האדם מגן על האדם החי ועליו בלבד. האדם המת אינו סובייקט היכול לטעון לזכויות יסוד. עם זאת מת הוא מי שפעם היה בין החיים ולכן עדיין חלה עליו ההגנה על כבוד האדם הנובעת מסעיף 1 לחוק היסוד.¹⁶⁰

עד מתי תחול ההגנה על כבודו של המת? תשובה ברורה על השאלה טרם ניתנה בפסיקה או בספרות הגרמנית.¹⁶¹ מוסכם שהגנה זו אינה נצחית, והיא מתפוגגת כחלוף הזמן. הצגתן של מומיות או שרידי שלדים, למשל, אינה נתפסת עוד כפגיעה בכבוד האדם.¹⁶² גם פינוים של מקומות קבורה לאחר מספר מסוים של שנים לשם שימוש מחדש אינו נתפס כפגיעה בכבודו של המת.¹⁶³ בסיס לזמניות ההגנה על כבודו של המת אפשר למצוא בתאוריה הפרשנית הקושרת את ערך כבוד האדם בהכרה חברתית הדדית. תאוריה זו מצדיקה את ההגנה הניתנת לכבודו של המת בנימוק שההגנה על זכרם של מי שחיו עמנו (או לפנינו) שייכת להכרה ולכבוד ההדדיים בחברה.¹⁶⁴

5.3. ביוטכנולוגיה ומחקר גנטי

ההתפתחות בתחום הביוטכנולוגיה ובתחום המחקר הגנטי לוותה בטענות על פגיעה בכבוד האדם ובקריאה להגביל ואף לאסור את המשך המחקר בחלק מן הנושאים. כך נטען שבשם כבוד האדם אין לערוך מחקר בתאים עובריים¹⁶⁵ וכי

- Philip Kunig, *Zum Dogma der unantastbaren Menschenwürde*, in Das 160
 DOGMA DER UNANTASTBARKEIT 121, 124 (Rolf Gröschner & Oliver W.
 Lembecke Hrsg., 2009) (להלן: Kunig, *Dogma der Menschenwürde*).
 Kunig, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 74. 161
 שם. 162
 Dreier, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 178-179. 163
 Hofmann, לעיל ה"ש 2, בעמ' 375. 164
 מדובר בעוברים שמקורם בהפריה חוץ-גופית שלא ינסו להעבירם לרחם. בניסיונות 165
 לבצע הפריה חוץ-גופית מופרה תמיד מספר גדול של תאי ביצית כדי להעלות את
 הסיכוי לקליטה מוצלחת של אחד מהתאים המופרים ברחם. במקרה שכמה מההפריות
 עלו יפה, לא תמיד יזכו כל העוברים להמשיך ולהתפתח – הן משום שלעתים האם
 בוחרת שלא לעשות כן הן משום שלעתים מצבה הבראותי אינו מאפשר זאת.

תאי גזע עובריים הם חלק מגוף האדם ולפיכך בעלי ערך המקנה להם הגנה מפני פגיעה בכבוד האדם. טענות דומות על פגיעה בכבוד האדם הועלו כלפי עריכתן של בדיקות גנטיות בתאים עובריים כחלק מהפריה חוץ-גופית (אבחון גנטי טרום-השרשה, PGD), הליך שבו לאחר ביצועה של הפריה חוץ-גופית ולפני הניסיון להשרשת התא המופרה ברחם האם, נעשית בחינה של התאים העובריים לגילוי מוקדם של פגם כרומוזומי או גנטי¹⁶⁶). טענות על פגיעה בכבוד האדם הועלו גם כלפי שיבוט אנושי כמו גם כלפי שיבוט תאים למטרות מחקר.¹⁶⁷ כדי לבחון את הטענה על פגיעה בכבוד האדם בתחום הגנטיקה והביוטכנולוגיה נדרשות כמה הבחנות מקדימות. ראשית יש להבחין בין נושאי המחקר שכלפיהם הטענה מועלית. שנית יש גם להבחין בין שני סוגים של טענות: מחד גיסא נטען שטכנולוגיות מסוימות פוגעות בכבוד האדם של החיים הטרום-עובריים; מאידך גיסא נטען שלא כבוד האדם של העובר עצמו נפגע, אלא כבוד ה"מין האנושי" כולו.

הטענה שהמחקר הביוטכנולוגי והמחקר הגנטי פוגעים בכבוד האדם תידון להלן על פי השאלות המנחות האלה: תחילה תיבחן השאלה אם החיים הטרום-עובריים מוגנים על ידי כבוד האדם. לאחר מכן תיבחן השאלה אם במחקר הביוטכנולוגי או הגנטי יש משום פגיעה בכבוד האדם. לבסוף תיבחן השאלה אם כבוד האדם מגן על הפרט בלבד או שאפשר לפרשו כמגן גם על ה"מין האנושי" כולו.

5.3.1. האם החיים הטרום-עובריים זכאים להגנת ערך כבוד האדם?

לפי אחת הגישות בספרות הגרמנית, ערך כבוד האדם אינו חל רק על העובר שטרם נולד, אלא גם על החיים הטרום-עובריים, כלומר על תא הביצית המופרה,

166 על פי הדעה המוקבלת מדובר בהליך אסור על פי החוק להגנה על עוברים (EschG). השוו DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 190 והאסמכתאות המובאות שם בה"ש 309. הדיון להלן עוסק אפוא רק בבחינת ההיבט הנוגע לשאלת כבוד האדם בהקשר זה. יש לציין שבדיקות כאלה מותרות בישראל ומטרתן לגלות בשלב מוקדם פגמים גנטיים בעובר ולמנוע צורך בפנייה להפסקת היריון בשלב מאוחר יותר. שם, בעמ' 180.

אף כאשר מדובר בהפריה חוץ-גופית. בבסיסה של פרשנות זו מונחת התפיסה שהחיים האנושיים מתחילים מרגע התמזגות תא הביצית ותא הזרע. כבר אז מדובר בחיים אנושיים הזכאים להגנה המוענקת על ידי חוק היסוד, ומכאן שההגנה על כבוד האדם חלה על תא הביצית מרגע הפרייתו.¹⁶⁸

כאשר מחקר בתאי גזע עובריים, או מחקר גנטי אחר, מונע את התפתחותם של חיים אנושיים, הדבר פוגע בזכות לחיים המוגנת בסעיף 2(2) לחוק היסוד. יתרה מזו, עצם המחקר כשלעצמו פוגע בכבוד האדם. על פי הטענה, יצירתם של חיים אנושיים על ידי הפריה מלאכותית שלא לצורך רבייה (כלומר הפריית תא ביצית שלא למטרת קליטתו ברחם) משרתת מטרה חיצונית, זרה למטרת ההפריה עצמה; ולפיכך מדובר בפגיעה בכבוד האדם.¹⁶⁹

יש לציין שתפיסה פרשנית זו אינה זוכה לתמיכה בפסיקתו של בית המשפט החוקתי, אשר כפי שצוין לעיל קבע בשני פסקי הדין שעסקו בחוקתיותו של הפסקות היריון כי שלב תחילת ההגנה על החיים, כמו גם על כבוד האדם, הוא בעת קליטתה של הביצית המופרית ברחם, היינו כשנים עשר יום לאחר הפרייתו. גם המלומד דרייר טוען שההגנה על כבוד האדם אינה חלה על החיים הטרומים-עובריים, ואף ספק אם ניתן לראותה כחלה על החיים העובריים. דרייר תומך גישתו בארבעה טיעונים: (1) כבוד האדם הוא בראש ובראשונה כבודו של האדם מעת לידתו. פרשנות זו נתמכת על ידי ההיסטוריה החקיקתית והרעיונית של מושג כבוד האדם. ההגנה על כבוד האדם נועדה למנוע עינויים והשפלה; היא התפתחה על רקע זוועות השלטון הנאצי וביקשה להגן על כל אדם באשר הוא מפני שלילת קיומו כאדם. (2) יש קושי ביולוגי להגדיר תא ביצית מופרה כאדם הזכאי להגנה על כבודו. מדובר בקבוצת תאים אשר חסרה לה יכולת הכרה, ולא זו בלבד אלא שעדיין חסרים לה מערכת עצבים ומוח, והיא אינה רגישה לכאב. לגישתו של דרייר, יש אפוא קושי רעיוני ממשי להחיל את ההגנה על כבוד האדם, הגנה אשר פרשנותה כולה כרוכה בהגדרתו של האדם כסובייקט, כאינדיווידואל, גם על החיים הטרומים-עובריים.¹⁷⁰ (3) בחינתן של הגישות הפרשניות לכבוד האדם

168 לתמיכה בגישה זו ראו Starck, GG Kommentar, לעיל ה"ש 40, בעמ' 38-39.

169 שם, בעמ' 69.

170 Dreier, GG Kommentar, לעיל ה"ש 4, בעמ' 182.

מביאה לכלל מסקנה שהגישה הפרשנית היחידה הרואה את החיים האנושיים כזכאים להגנה של כבוד האדם משלב הפרייט תא הביצית ואילך מקורה בזרם הפרשני התאולוגי-נוצרי של תאוריית הירושה. תאוריית ההגשמה מפרשת את כבוד האדם כהגנה על פיתוח האישיות האוטונומית וההגשמה העצמית, והעובר אינו כשיר להן. תאוריית ההכרה החברתית של המלומד הופמן קושרת בין כבוד האדם לחברה ומעניקה לו פרשנות של הכרה חברתית. קשה לראות כיצד תאוריה זו, המבוססת על רעיון של סולידריות חברתית, מחילה את תפיסתה על החיים הטרום-עובריים; גם גישת הירושה על פי הזרם הפרשני הקאנטיאני אינה חלה על החיים שלפני הלידה. לכן הגישה הנוצרית הרואה את האדם כיציר האל היא היחידה המפרשת את כבוד האדם כמגן אף על החיים הטרום-עובריים. קשה לטעון בזכות גישה זו כאשר עסקינן בכבוד האדם החוקתי המבקש לייצג ערכים ליברליים ופלורליסטיים ואינו מעוגן בתפיסה דתית זו או אחרת.¹⁷¹ (4) יש קושי של ממש בטענה שהחיים הטרום-עובריים זכאים להגנה על כבוד האדם – שהיא הגנה מוחלטת – כאשר מנגד החיים העובריים עצמם זכאים להגנה מסויגת בלבד לנוכח ההסדר החוקי להפסקת היריון, שזכה לאישורו של בית המשפט החוקתי.¹⁷²

גישה נוספת שמבקרת את הטענה שהחיים הטרום-עובריים זכאים להגנה על כבוד האדם היא גישתו של המלומד קלופפר.¹⁷³ טענתו של קלופפר שונה בתכלית מן הטענות של דרייר. על פי גישתו, הגנה חוקתית על כבוד האדם מוענקת לחיים באופן עקרוני כבר משעת היווצרותם, היינו מעת ההתמזגות בין תא הביצית לתא הזרע, שכן במקום שבו קיימים חיים, מתלווה להם ההגנה על כבוד האדם. עם זאת טוען קלופפר שיש להבחין בין השאלה מי זכאי לכבוד האדם ובין שאלת היקף ההגנה המוענקת.

לגישתו, השלב העוברי כמו גם השלב הטרום-עוברי הם שלבים בהתפתחותו של האדם. מעת הלידה ואילך האדם זכאי להגנה שלמה ומלאה על זכותו

171 שם, בעמ' 182-183.

172 שם, בעמ' 184-186.

173 לפירוט גישתו זו ראו Michael Klopfer, *Humangentechnik als* Klopfer, *Humangen-* (להלן: *Verfassungsfrage*, JZ 417, 420 ff (2002) *.(technik*

לחיים וכן על זכותו לכבוד האדם. גם בשלב הטרום-עוברי ובשלב העוברי של ההתפתחות האנושית מוענקת הגנה מסוימת על אותן זכויות. עם זאת לדעתו בשלבים אלה אין היקפה של ההגנה כהיקף ההגנה המוענק לחיים שלאחר הלידה: ההגנה, המתחילה עם היווצרותם של החיים האנושיים, היינו מעת הפרייתו של תא הביצית, הולכת וגוברת עד ללידה. הרמה הגבוהה ביותר של הגנה מוענקת לחיים העובריים בשלב הסמוך מאוד ליציאת העובר אל אוויר העולם, והרמה הנמוכה ביותר – בשלב הראשוני שלהם, היינו בשלב ההפריה כאשר מדובר בהפריה חוץ-גופית, קלופפר סובר שגם הפריה זו, המסמנת את תחילת התפתחותם של חיים אנושיים, זכאית להגנה, אולם ההגנה המוענקת לתא הביצית המופרה מחוץ לגוף האישה נמוכה עוד יותר מזו המוענקת לתא המופרה בגוף האישה, שכן הפריה חוץ-גופית יוצרת חיים בשלב "מוקדם" יותר של התפתחות. נדרש שלב נוסף – השתרשותו של תא הביצית המופרה ברחם – כדי לאפשר את המשך התפתחותם של חיים. על פי גישה זו, ההגנה על תא ביצית מופרה חלה תמיד – בין שמדובר בהפריה שמטרתה היריון ולידה ובין שמדובר בהפרייתו של תא לצורכי מחקר. הטענה היא שקיומה של הגנה תלוי בשאלה אם החיים האנושיים יכולים להתפתח ולא בשאלה אם הם אכן יתפתחו.¹⁷⁴ גישתו זו של קלופפר מתבססת על תפיסה החורגת מאוד מהפרשנות המקובלת לכבוד האדם בחשיבה החוקתית הגרמנית, והיא טוענת שכבוד האדם אינו ערך מחלט אלא ניתן להגבלה ויכול לסגת מפני זכויות אחרות.

לפי גישה זו, גם אם נטען שמחקר בתאים עובריים או אבחון גנטי של תאים פוגעים בכבוד האדם, פגיעה זו עשויה להיות חוקתית, בעיקר לנוכח מטרותיה – שמירה על החיים או מחקר רפואי לגילוי תרופות למחלות קשות.

הגישה הנראית לי בהקשר זה היא גישת המלומד דרייר. כבוד האדם הוא ערך שנועד להגן בראש ובראשונה על האדם מעת לידתו מפני פגיעה של הרשות. הוא נועד להגן על קיומו הבסיסי של האדם, על שמירת צלם האנוש שלו. לגישתי, הגנה זו אינה יכולה לחול באותו היקף על החיים האנושיים בשלב העוברי ובוודאי לא על החיים האנושיים בשלב הטרום-עוברי. אמנם אפשר לטעון שבשלבם אלה

174 יש לציין שעל פי המצב החוקי בגרמניה, הפריה של תא לצורכי מחקר אסורה. עם זאת אין איסור לייבא תאים עובריים ולחקור אותם. השוו שם, בעמ' 423.

(ובייחוד בשלב העוברי) זכאים החיים למידת מה של הגנה, אבל הערך המתאים לדיון בשאלה הוא ערך ההגנה על החיים ולא ערך כבוד האדם.

5.3.2. האם מחקר ביוטכנולוגי או גנטי פוגע בכבוד האדם?

גם אם נניח שהחיים העובריים ראויים להגנה שערך כבוד האדם מעניק (וכאמור איני תומכת בטענה זו), יש להוסיף ולבחון אם מחקר גנטי ומחקר ביוטכנולוגי פוגעים בכבוד האדם.

הטענה שמחקרים אלה פוגעים בכבוד האדם הועלתה בספרות הגרמנית ונתמכה לרוב בפרשנות לפי נוסחת האובייקט, הגורסת שאין לראות באדם אמצעי בלבד להשגת מטרה. טענה זו בעייתית כבר לנוכח אי-בהירות נוסחת האובייקט עצמה, כפי שפורט לעיל.¹⁷⁵ על פי נוסחת האובייקט, כפי שפירש אותה בית המשפט החוקתי, התייחסות לחיים הטרום-עובריים כאל אובייקט (בדומה להתייחסות כזו כלפי האדם לאחר לידתו) אינה מהווה תמיד, ובכל מקרה, פגיעה בכבוד האדם. כבוד האדם ייפגע אם ההתייחסות תהפוך אותו לאובייקט ותו לו, בלא כל יחס סובייקטיבי כלפיו. בשל עמימותה של הגדרה זו טוען המלומד דרייר שלמעשה ההבחנה בין אובייקטיביזציה מהווה פגיעה בכבוד האדם ובין זו שאינה מהווה פגיעה אינה ברורה ותלויה בעובדות כל מקרה ומקרה. במילים אחרות, טענתו היא שנוסחת האובייקט אינה אלא פן בגישתו הפרשנית השלילית של בית המשפט החוקתי לערך כבוד האדם, הפונה לפרשנות תוכנו של ערך כבוד האדם בחסות פרשנותה של הפגיעה בערך.¹⁷⁶ לפיכך הטענה שמחקר ביוטכנולוגי או גנטי פוגע בכבוד האדם בהתבסס על נוסחת האובייקט בלבד היא בעייתית כשלעצמה.

בעיה נוספת בטענה שמחקר גנטי וביוטכנולוגי פוגע בכבוד האדם היא ההתעלמות מהתועלת שבמחקר כזה. מחקר בתאי גזע עובריים עשוי להביא למציאת מרפא למחלות קשות כגון סרטן ופרקינסון ובכך להציל חיים (ובנוסף גם להגן על כבוד האדם של החולים). על פי הטענה, בעצם עריכתו של מחקר כזה המדינה מקיימת את חובתה, המעוגנת בחוק היסוד, להגן על החיים. הטענה הנגדית, שמחקר

175 ראו לעיל ליד ה"ש 79-87.

176 DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 186-187.

גנטי פוגע בכבוד האדם, מונעת איזון בין שני הערכים – פגיעה בכבוד האדם מחד גיסא והגנה על החיים מאידך גיסא, ותוצאתה היא "אפקט מקפיא" – כלומר צמצום ניכר של מספר המחקרים בתחום. מדובר כמובן בתוצאה שאינה רצויה. טענה נוספת שלפיה אין מדובר כאן בפגיעה בכבוד האדם פונה שוב לקושי המושגי, שהוא קושי מרכזי גם בטענה שחיים טרום-עובריים זכאים להגנה. קושי זה מתעורר לא רק בהגדרתו של בעל הזכות לכבוד האדם או לחלופין בהגדרתו של הזכאי להגנה על כבודו, אלא גם בשאלת הגדרתה של הפגיעה בכבוד האדם עצמה: האם ניתן באמת להשוות פגיעה של עינויים, השפלה, שלילת אופיו האנושי של אדם לפגיעה בקבוצת תאים במהלך ניסוי? האם אין בהשוואה כזו משום גריעה מחשיבותו של כבוד האדם ומן המשמעות שאנו רוצים לשוות לו כערך מרכזי?¹⁷⁷

כפי שכבר צוין לעיל, ראוי להבחין בין הפעולות הרפואיות והמחקרים למיניהם שכלפיהם מופנית טענת הפגיעה בכבוד האדם. ניכר למשל, הבדל ברור בין טענות המועלות נגד ביצוע בדיקות גנטיות בעוברים שנוצרו על ידי הפריית מבחנה וטרם הושתלו ברחם האם (שכן מדובר ביצירתם של "חיים על תנאי" ובצעד לקראת אפשרות ליצירתו של "תינוק מושלם"), או נגד הפרייתם של תאים ליצירת עוברים מרובים, אשר לא כולם זוכים בסופו של דבר להשתלה ברחם האם ולהתפתחות – הליכים המכוונים ליצירת חיים – לבין טענת פגיעה בכבוד האדם בגלל הפרייתם של תאים למטרות מחקר בלבד (כגון יצירתם של תאי גזע עובריים למטרות מחקר), היינו יצירתם של חיים אנושיים במטרה שלא לאפשר להם להמשיך ולהתפתח כלל.

באשר לדוגמה הראשונה לעיל, אפשר לטעון לכאן ולכאן בשאלה אם יש לראות בפעולות הרפואיות המתוארות משום פגיעה בכבוד האדם, אך בדוגמה האחרונה של שימוש בתאים למטרות מחקר, נראה ששאלת קיומה של פגיעה בכבוד האדם קשורה במישרין לשאלה אם תא מופרה כשיר לשאת זכויות יסוד (וראו לעיל דיון בסוגיה).

הספרות המשפטית מבחינה בסוגיה זו בין מחקר ביוטכנולוגי או גנטי ובין שיבוט אנושי. הבחנה מושגית מקדימה בשאלת פגיעתו האפשרית של שיבוט

177 לטיעונים אלה בהרחבה השוו DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 187.

בכבוד האדם היא ההבחנה בין שיבוט למטרת רכייה ובין שיבוט למטרות ריפוי. שיבוט למטרות ריפוי של תאים או איברים שייך לדיון הכללי בשאלת הפגיעה בכבוד האדם של מחקרים רפואיים אלה ואחרים, ואילו שיבוט אנושי למטרות רכייה מעורר סוגיה אחרת בתכלית. אמנם יש תמימות דעים ששיבוט למטרות רכייה פוגע בכבוד האדם,¹⁷⁸ אך עדיין קשה להסביר את מהותה של הפגיעה. הטענה ששיבוט למטרות רכייה פוגע בכבוד האדם היא טענה כמעט טריוויאלית, אינטואיטיבית, אולם היא בעייתית מבחינה לוגית.

ראשית ניכר קושי בתשובה על השאלה: כבוד האדם של מי נפגע עקב השיבוט? קשה לומר שמדובר בכבודו של ההעתק הגנטי, תוצר השיבוט, שכן לאדם אינה נתונה זכות למבנה גנטי מסוים או הזכות לבוא (או שלא לבוא) לעולם.¹⁷⁹ גם הטענה שהשיבוט פוגע בכבוד האדם של המשובט היא בעייתית: פגיעה בכבוד האדם היא ברורה כאשר השיבוט נעשה בלא הסכמתו של המשובט, אולם כאשר השיבוט נעשה לפי רצונו, קשה לטעון שבכך נפגע כבוד האדם. לפיכך המלומד דרייר טוען שהפגיעה בכבוד האדם עקב שיבוט היא פגיעה בכל אחד ואחד בחברה העומד לפני סכנה של איבוד אישיותו האינדיווידואלית והפיכתו לאובייקט, למקור ייצור.

דרייר מדגיש שאין הוא מתכוון להגנה על זכותה של קבוצת המין האנושי לכבוד, טענה אשר תידון בהמשך, אלא לפגיעה אינדיווידואלית אפשרית בכל אדם ואדם.¹⁸⁰ נראה שטענתו של דרייר אינה משכנעת – ההבחנה בין טענה על פגיעה ב"מין האנושי" ובין טענה על "פגיעה פוטנציאלית בכל אדם ואדם" אינה ברורה. וכאן ניכרת הבעייתיות שבהיעדר הגדרה של ממש לפגיעה בכבוד האדם: הבעיה המוסרית שבשיבוט בני אדם ניכרת בעליל, כמו גם ההבחנה בין שיבוט למטרות רכייה ובין מחקר גנטי או ביוטכנולוגי אחר. ובכל זאת קשה להצביע על תשובה ברורה על השאלה מדוע שיבוט בני אדם פוגע בכבוד האדם.

178 השו"ק, KUNIG, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 91, DREIER, GG KOMMENTAR

לעיל ה"ש 4, בעמ' 198, STARCK, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 40, בעמ' 71.

179 ברור גם שהאדם תוצר השיבוט זכאי לכבוד אנושי ככל אדם אחר.

180 DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 198-200.

יש הטוענים שגם שיבוט למטרות ריפוי ומחקר פוגע בכבוד האדם. נטען שמדובר ב"יצירתו" של עובר כדי "להקריבו" למטרות רפואה או מחקר, דבר המהווה פגיעה בכבוד האדם;¹⁸¹ עוד נטען שמדובר בשיבוט העשוי לאפשר מאוחר יותר גם שיבוט למטרות רבייה. הטענה הראשונה כמוה כטענה נגד שימוש בתאים אנושיים במחקר ביוטכנולוגי וגנטי, והיא תלויה בשאלה אם ההגנה על כבוד האדם חלה גם על קבוצת תאים בשלב המוקדם ביותר של ההתפתחות האנושית. אשר לטענה השנייה, נראה שיש לשוב ולהזכיר את מטרותיו של השיבוט הרפואי ולהדגיש שלהבדיל משיבוט למטרות רבייה, מטרת השיבוט הרפואי אינה יצירת עובר אנושי אלא (ושוב, להבדיל אלפי הבדלות) יצירת תאים אנושיים למטרות ריפוי ומחקר.

5.3.3. פגיעה בכבוד האדם כפגיעה ב"כבוד המין האנושי"?

טענה נוספת הנשמעת בדיון בשאלת כבוד האדם והשפעתו על מחקרים ביוטכנולוגיים וגנטיים היא הטענה שערך כבוד האדם מגן על כבודו של המין האנושי.

טענה זו מועלית, לרוב, עקב הקושי לטעון שמחקר ביוטכנולוגי או גנטי זה או אחר פוגע בכבודו של הפרט מחד גיסא, והמחשבה שלערך כבוד האדם מקום מרכזי בדיון מאידך גיסא. על פי הטענה, מחקר גנטי או ביוטכנולוגי פוגע במטען הגנטי האנושי, ולכן עסקינן בפגיעה בכבוד האדם של המין האנושי כולו ולא בפגיעה בכבוד האדם של היחיד.

מנגד יש המבקרים טענה זו בחריפות: ראשית, אין לה תמיכה לא בלשון סעיף 1(1) לחוק היסוד ולא בהיסטוריה וברקע החקיקתי של ערך כבוד האדם הרואים בכירור את כבוד האדם כמגן על הפרט.¹⁸² שנית, יש בכך גם הרחבה לא רצויה של מושג כבוד האדם העשויה להביא, בסופו של דבר, לידי פגיעה בזכויות יסוד. הבעיה מתעוררת כאשר טענת פגיעה בכבוד המין האנושי מתנגשת בזכויות חוקיות אחרות של הפרט. קונפליקט כזה, המעמיד למשל את

181 בטענה זו תומך שטארק. השוו Starck, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 40, בעמ' 69.

182 Dreier, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 204.

טענת הפגיעה בכבוד האדם לעומת הזכות לחיים או לבריאות, מתעורר בבירור בשאלת חוקתיותו של מחקר רפואי זה או אחר. במקרה כזה, כאשר טענת הפגיעה בכבוד האדם היא טענת פגיעה בכבוד האדם של גוף קולקטיבי, במנותק משאלת הפגיעה באדם מסוים, מפסיק כבוד האדם להגן על קיומו האינדיווידואלי של הפרט והופך למעשה לאיום על חופש ההתפתחות והאוטונומיה של הפרט,¹⁸³ שכן פגיעה בכבוד האדם היא לעולם בלתי חוקתית. הרחבת פרשנותה של פגיעה בכבוד האדם באופן שתכלול פגיעה בכבוד המין האנושי תביא לידי התרתה של פגיעה בזכות יסוד אחרת, של הפרט, העומדת מנגד.

6. מעמדו המוחלט של כבוד האדם

סעיף 1(1) לחוק היסוד קובע כהוראה נורמטיבית שכבוד האדם הוא בלתי פגיע. שלא כרובן המוחלט של הזכויות החוקתיות המעוגנות בחוק היסוד, הסעיף אינו מציין סייגים להגנה שהוא מעניק, ולא זו בלבד אלא שהוא מוסיף ומצהיר שכבוד האדם עומד מעל לכל סייג.

הפרשנות המקובלת בספרות הגרמנית הרגישה את תכונת החסינות של כבוד האדם מפני פגיעה (Unantastbarkeit) ולכן ראתה כל פגיעה בכבוד האדם כפגיעה הנוגדת את מעמדו החוקתי. לאור מעמדו המוחלט של כבוד האדם אין להצדיק פגיעה כאמור באמצעות איזון בין כבוד האדם ובין ערכים או זכויות חוקתיות אחרים או באמצעות בחינת מידתיות הפגיעה בכבוד האדם. כבוד האדם נמצא אפוא מחוץ לחשיבה החוקתית המקובלת של הגדרת תחום ההגנה שמעניקה הזכות מצד אחד ואפשרות הפגיעה באותו מתחם מצד אחר. לפיכך שאלת הפגיעה בכבוד האדם אינה תוצאה של איזונים בין ערכים, כמקובל בנוגע לערכים חוקתיים אחרים.

תמיכה לגישה זו נמצאת לא רק בלשון סעיף 1(1), אלא גם בסעיף 79(3) לחוק היסוד, הקובע את אופיו הנצחי של כבוד האדם, וכן בפרשנות כבוד האדם כערך מנחה בחשיבה החוקתית הגרמנית.

הגישה המקובלת רואה אפוא במושג החוקתי הגרמני של כבוד האדם מושג מוחלט. אין חשוב ממנו ואין עולה עליו. כל פגיעה בכבוד האדם תהיה תמיד לא חוקתית ולכן בטלה לחלוטין. אפשרות לאזן בין כבוד האדם לבין ערכים חוקתיים המעוגנים בסעיף 20 לחוק היסוד, והמוגנים אף הם כערכים חוקתיים נצחיים לאור סעיף 79(3) לחוק היסוד, נדחתה אף היא על ידי הפרשנות המקובלת בספרות. זו קבעה שהערכים המעוגנים בסעיף 20 לחוק היסוד – אופייה של הרפובליקה הגרמנית כמדינה דמוקרטית וסוציאלית – נובעים הלכה למעשה מערך כבוד האדם, שהוא על פי החשיבה החוקתית הגרמנית ערך היסוד במדינה דמוקרטית חופשית. לכן, ועל אף אופיים הנצחי,

ערכים אלה אינם שווים במעמדם לכבוד האדם ואינם עשויים להצדיק פגיעה בו.¹⁸⁴

גם השאלה אם פגיעה בכבוד האדם יכולה להיות מוצדקת בשם ההגנה על כבוד האדם של אחר נענתה בספרות הגרמנית על פי רוב בשלילה.¹⁸⁵ נטען שאין להעמיד את כבוד האדם של האחד כנגד כבודו של האחר ולשקול פגיעה באחד לשם הגנה על האחר, שכן כבר בהעמדה כזו יש משום פגיעה בכבוד האדם, שהוא על פי לשון חוק היסוד בלתי פגיע לעולם.¹⁸⁶

דעה אחרת בספרות הגרמנית ראתה באיזון בין כבוד האדם של האחד לבין כבוד האדם של האחר חריג לכלל שכבוד האדם חסין מפני כל פגיעה בו.¹⁸⁷ המלומד ויטרק (Wittreck), שדן במאמרו במקרה ספציפי שבו עומדים לאיזון החובה להגן על כבודו של חטוף והחובה שלא לפגוע באמצעות עינויים בכבודו של הפושע, החוטף,¹⁸⁸ ביאר את הדילמה האמורה והסביר באילו נסיבות תיתכן לגישתו הצדקה לעונת חוטף – כלומר לפגוע בכבוד האדם שלו – כדי להגן על כבוד האדם של החטוף: ראשית, לא כל חטיפה מביאה בהכרח לפגיעה בכבוד האדם של החטוף. פגיעה בכבוד האדם אינה נגרמת כבר מעצם הדרישה לתשלום כופר בעבור שחרורו של חטוף (שכן גם במקרים רבים ומוכרים אחרים ננקב "ערכו" של אדם בכסף כגון במקרה של שחקני כדורגל),¹⁸⁹ אלא בהשפלתו של החטוף ובסכינו (כגון החזקתו של החטוף בתנאים קשים).¹⁹⁰ שנית, גם כאשר הפגיעה בכבוד האדם של החטוף ברורה, לא תמיד היא תאפשר פגיעה בכבוד האדם של החוטף. איזון בין כבוד האדם של האחד לבין כבוד האדם של האחר ייבחן תמיד לאור עקרון המידתיות. יש לבחון את התאמת העינויים למטרה:

- 184 Pieroth & Schlink, Grundrechte, לעיל ה"ש 68, בעמ' 84.
185 Kunig, GG Kommentar, לעיל ה"ש 43, בעמ' 68.
186 השוו Pieroth & Schlink, Grundrechte, לעיל ה"ש 68, בעמ' 84.
187 ראו Starck, GG Kommentar, לעיל ה"ש 40, בעמ' 45; עוד ראו Dreier, GG Kommentar, לעיל ה"ש 4, בעמ' 210-211.
188 Fabian Wittreck, *Menschenwürde und Folterverbot*, DÖV 873 (2003)
189 באשר לשאלת "מכירת" שחקני כדורגל והשפעתה על כבוד האדם ראו עוד להלן ליד ה"ש 311.
190 Witreck, לעיל ה"ש 188, בעמ' 880.

גילוי מקומו של החטוף (ויטרק סבר שמבחן זה אינו בעייתי, שכן לעומת עינויים לשם קבלת הודאה של חשוד בפשע, במקרה הנוכחי אפשר לבחון את המידע ולאמתו); יש לבחור בעינויים כמוצא אחרון, לאחר שנכשלו כל האמצעים האחרים; ויש לעמוד במבחן המידתיות במובן הצר: הפגיעה בכבוד האדם של החטוף צריכה להצדיק שימוש בעינויים. במילים אחרות, נדרש שהפגיעה הצפויה בכבודו של החטוף תהיה אף היא, בדומה לפגיעה הנגרמת על ידי עינויים, פגיעה קשה וחמורה ולא פגיעה של מה בכך. הדוגמה שוויתרן מציין היא של חטיפת פליט שזכה למקלט מדיני בגרמניה על ידי שירות המודיעין של מולדתו, במקרה שידוע שלפליט החטוף צפויים עינויים קשים ובסופם מוות אכזרי. במקרה כזה, לגישתו, ההגנה על כבוד האדם של החטוף מצדיקה פגיעה בכבוד האדם של החוטף.¹⁹¹

יתרונות הגישה הפרשנית השלטת, השוללת כל פגיעה בכבוד האדם, ניכרים. היא מעניקה הגנה רחבה לערך הנתפס בחשיבה החוקתית כראשון במעלה. ערך כבוד האדם, שלא כערכים חוקתיים מרכזיים אחרים כגון ערך החיים, אינו ערך אינטואיטיבי, מובן מאליו. אי-בהירותו (לצד חשיבותו העליונה) הופכת אותו לערך פגיע במיוחד ומכאן גם מצדיקה את ההגנה המוגברת הניתנת לו. לעומת זאת גישה פרשנית גורפת זו אשר ניתנה לכבוד האדם בחשיבה החוקתית הגרמנית אינה נטולת קשיים, שכן בצד מעמדו המוחלט, כבוד האדם הוא ערך גמיש מבחינת פרשנותו. הוא אינו ערך ברור, בעל תחום הגנה מוגדר, אלא ערך הנתון להתפתחות תמידית ומשמעותו התוכנית אינה ניתנת להגדרה מראש אלא להפך, בדיעבד.

את החיסרון שבהגנה המוחלטת, שאינה ניתנת לאיזון, של כבוד האדם אפשר להמחיש בין היתר באמצעות פסק הדין השנוי במחלוקת בעניין ביטול ההליך הפלילי נגד אריך הונקר (Honecker), מנהיגה לשעבר של הרפובליקה המזרח גרמנית.¹⁹² בשנת 1992, כשהיה בן שמונים, הועמד הונקר לדין באשמה שבשנים 1961-1989 היה אחראי לגרימת מותם של רבים, בין היתר בכך שהורה ליצור גבול בין מזרח ברלין למערבה, ולשם הבטחתו ומניעת מעבר בין מזרח

191 שם, בעמ' 881.

192 BerlVerfGH, NJW 515-517 (1993)

גרמניה למערכה הורה להקיפו במוקשים כמו גם בעמדות צלפים. הונקר, אשר בזמן העמדתו לדין היה חולה במחלת הסרטן ומאושפו בבית חולים, עתר לבית המשפט החוקתי של ברלין לביטול ההליכים המשפטיים נגדו. בפסק דינו בנושא אימץ בית המשפט החוקתי של ברלין את קביעותיו העובדתיות של בית המשפט הפלילי, שההליך הפלילי צפוי להימשך עד סוף שנת 1993 וכי עד תום ההליכים, בגלל מצבו הרפואי של הונקר, סביר מאוד שלא יהיה עוד בין החיים. בהתבסס על האמור קבע בית המשפט שההליך נגד הונקר לא יוכל להשיג את המטרה שלשמה יועד: תביעתה הגליטימית של המדינה לנהל הליך שבו יספק הנאשם הסברים למעשיו, תוערך חומרתם של המעשים וייקבע העונש הראוי בגינם. בלא יכולת להשיג מטרה זו ההליך הפלילי הופך למטרה בפני עצמה. ניהול ההליך פוגע אפוא בזכותו של הנאשם לשמירה על כבוד האדם. הוא הופך את הנאשם לאובייקט בהליך, שכן כאשר קצו של הנאשם קרוב, הטעם בהמשך ההליכים נגדו בטל, והאדם הופך לאובייקט בהליך ותו לא.¹⁹³

בביקורת על פסק הדין נטען בין היתר שבית המשפט החוקתי של ברלין, אשר ביסס את פסיקתו על החלטות קודמות של בית המשפט החוקתי הפדרלי, שגה בהכנת הפסיקה שעליה התבסס. פסיקה זו התרכזה בשאלת קיומה של פגיעה בכבוד האדם במקרה של מעצר ממושך עד תום ההליכים, מעצר אשר איבד את מטרתו ולכן פוגע בכבוד האדם.¹⁹⁴ אולם גם כאשר מקבלים את מסקנתו של בית המשפט שהואיל ומשפטו של הונקר לא יזכה להגיע לסיום, המשך קיום ההליכים נגדו הופך אותו לאובייקט ותו לא, עדיין מעורר אופי הפגיעה הנטענת בכבוד האדם קושי, משום שהיא אינה ניתנת לאיזון עם אינטרס המדינה להעמיד את הונקר לדין וכן עם אינטרס קרבנותיו של הנאשם לראותו משלם על מעשיו

193 שם, בעמ' 517. יש לציין שפסק הדין התבסס לא על חוק היסוד של גרמניה אלא על חוקתה של ברלין, אף שהיא אינה מציינת במפורש את כבוד האדם כערך מוגן. בית המשפט הסיק את היות כבוד האדם ערך מוחלט לא מן הכתוב אלא מ"תמונת הערכים" המצטיירת מחוקתה של ברלין (בעמ' 516 לפסק הדין). במאמר מוסגר אציין שלאחר שהתקבלה עתירתו, ובאותו היום שבו שוחרר ממעצר (בינואר 1993), עזב הונקר את גרמניה ועבר לצי'לה, שם נפטר שנה וחצי מאוחר יותר, במאי 1994.

194 ראו Christian Pestalozza, *Der "Honecker-Beschluß" des Berliner Verfassungsgerichtshofs*, NVwZ 340, 342 (1993)

ועם זכותם שלהם לכבוד האדם. קושי זה נובע מהרעיון הכללי שכבוד האדם הוא ערך מחלט שאינו ניתן לאיזון עם ערכים אחרים ואינו נסוג מפניהם. סוגיה נוספת הקשורה למעמדו המיוחד של כבוד האדם נוגעת לפרשנותו. לא מן הנמנע שההגנה המחלטת על ערך כבוד האדם השפיעה גם היא על פרשנותו התוכנית של הערך, כלומר ייתכן שפרשנותו של ערך כבוד האדם הושפעה גם מן השאלה מה ראוי ויכול להיות נתון להגנה מחלטת ולא רק מן השאלה מה מהות כבוד האדם. ברור למשל שערך מימוש האוטונומיה האישית, חשוב ככל שיהיה, אינו יכול לזכות בהגנה מחלטת. האם תוצאה זו אינה משפיעה על השאלה אם האוטונומיה האישית היא חלק מכבוד האדם?

בשל תכונות אלה של כבוד האדם – אופיו המחלט והנוקשה מצד אחד ותחום התפרשותו הגמיש מצד אחר – נשמעה בספרות הגרמנית דעת מיעוט הגורסת כי כבוד האדם הוא ערך יחסי ככל ערך חוקתי אחר. גישה זו קוראת ליצור הבחנה בין "גרעין הזכות" של כבוד האדם, שהוא בעל אופי מחלט, וגם ראוי שכך יהיה, ובין תחומים נוספים הכלולים בכבוד האדם שאינם חלק ממרכז הזכות ממש, ולכן ההגנה עליהם עשויה להיות יחסית. זו למשל, טענתו של המלומד הרדגן (Herdegen)¹⁹⁵. לגישתו, פגיעה בגרעין כבוד האדם צריכה להיות מוגדרת בצמצום רב ולכלול פעולות אשר בראי ההיסטוריה החוקתית הגרמנית של המושג "כבוד האדם" צריכות להישלל לחלוטין: פעולותיו של משטר טוטליטרי כגון רצח עם, גירוש או הגליה המוניים. כמו כן יש לראות פעולות נוספות כפוגעות בגרעין כבוד האדם, משום התכלית שהן מבקשות להשיג. הדוגמה שמציג הרדגן לפעולות כאלה היא דוגמה קיצונית של פעולת הרשות המכוונת כלפי השייכים למוצא גזעי מסוים, בשל שייכותם זו.

לגישתו, ככל שהפגיעה בכבוד האדם "מתרחקת" מגרעין הזכות, כך גם תתאפשר בחינתה כחלק מעריכתו של איזון אינטרסים.¹⁹⁶ הרדגן טוען שהגישה הרואה כל פגיעה בכבוד האדם כפגיעה בלתי חוקתית עשויה להביא לשתי תוצאות, שתיהן לא רצויות: היא עשויה להביא מחד גיסא להגדרה צרה מדי

195 ראו גישתו של המלומד הרדגן Herdegen, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 47, בעמ' 30-27.

196 שם, בעמ' 29-28.

של כבוד האדם, שכן כל מה שנכלל בכבוד האדם מוגן לחלוטין. מאידך גיסא, הגדרה רחבה של מה שנכלל בכבוד האדם תביא לידי הגבלה לא רצויה של הרשות, דבר המנוגד, לגישתו, להבנה החוקתית הגרמנית של ערך כבוד האדם בראייה היסטורית. הרדגן מסביר אפוא שיש מקום לבחון את מידתיות הפגיעה בכבוד האדם (בחנינה של היחס בין תכלית הפגיעה לבין מידת הפגיעה) אך זאת רק כאשר הפגיעה היא בשולי הזכות.¹⁹⁷

גישתו של הרדגן עוררה סערה בקרב החוגים המשפטיים בגרמניה בעיקר בשל תפיסתו בסוגיית החוקתיות של עינויים (נקיטת כוח פיזי מצד הרשות לשם הצלת חיים).¹⁹⁸ הרדגן טען שאין לפשט את הדילמה האמורה ולתארה כאיזון בין "כבוד האדם" כערך מופשט ובין ערך "החיים", אשר יביא לידי איסור מוחלט לנקוט עינויים. לדעתו האיזון במקרה כזה הוא מורכב יותר, והחובה המוסרית להגן על כבוד האדם צריכה להתפרש גם לפי מעשיו של האדם (היינו לפי מעשיו של החשוד) וגם לנוכח האיום על כבוד האדם ועל החיים של האחר הנתון בסכנה.¹⁹⁹ במילים אחרות, פרשנותה של הזכות לכבוד האדם צריכה לכלול גם הבחנה בנוגע לתחום ההגנה שהזכות מעניקה. הרדגן הדגיש שהפרשנות שהוא מציע אינה פוגעת בעקרון היסוד שכל אדם ראוי לכבוד ושכבודו של האחד שווה לכבודו של האחר. אלא שההבחנה הפרשנית שהציע נוגעת לזכות הסובייקטיבית של הפרט להגנה ולשמירה על כבוד האדם. שיקולים כגון אחריותו של אדם למעשיו או סיכון חייו של אחר משפיעים על טענת הפרט כלפי הרשות ועל דרישתו לקבל הגנה על זכותו לכבוד האדם.²⁰⁰ פרשנות זו של הזכות לכבוד האדם מאפשרת להרדגן להתמודד עם הבעייתיות שההגנה המוחלטת על כבוד

197 המונח שהרדגן השתמש בו הוא "Begriffshof" ("שולי המונח"). השוו לדבריו בתוך Herdegen, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 47, בעמ' 30.

198 ראו ANJA K. WEILERT, GRUNDLAGEN UND GRENZEN DES FOLTERVERBOTES IN VERSCHIEDENEN REHRTSKREISEN 161 (2009)

199 Herdegen, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 47, בעמ' 30-31.

200 Matthias Herdegen, *Die Garantie der Menschenwürde: absolut und doch differenziert?*, in DAS DOGMA DER UNANTASTBARKEIT 93 (Rolf Herdegen, (להלן: Gröschner & Oliver W. Lembcke Hrsg., 2009) *Garantie der Menschenwürde*).

האדם מעוררת. כך למשל, בנוגע לשאלת האיזון בין כבוד האדם ובין זכויות יסוד אחרות כגון הזכות לחיים סבר הרדגן שראוי להבחין בין זכותו של חף מפשע מחד גיסא ובין זכותו של המבצע מעשה פשע (כגון חוטף המעמיד את החטוף בסכנה חיים) מאידך גיסא, על בסיס אחריותו האישית של הסובייקט למעשיו; גישה פרשנית זו מאפשרת גם להבחין בין זכותו של עובר לבין "זכותו" של תא אנושי (בעריכת ניסויים רפואיים, למשל) להגנת כבוד האדם, לפי מידת ההתפתחות האנושית של הסובייקט המוגן.²⁰¹

גם המלומד קלופפר רואה בכבוד האדם מושג שאינו מוחלט אלא יחסי. הוא מציג כמה נימוקים התומכים בפרשנות זו. לדעתו רק פרשנות מצומצמת למושג "כבוד האדם" יכולה להצדיק את הקביעה שכל פגיעה בכבוד האדם היא בלתי חוקתית ואסורה. מנגד, ככל שפרשנותו של כבוד האדם תהיה רחבה יותר, כך נדרש שערך זה יוכל לסגת מפני ערכים אחרים באמצעות איזון בינו לבינם. תפיסת ערך כבוד האדם כערך הניתן לאיזון מעניקה אפוא תוקף לפרשנות רחבה של הכלול בכבוד האדם והמוגן על ידיו בלי לצמצם את משמעותו.²⁰² דוגמה לכך היא גישתו בסוגיית ההגנה על כבוד האדם של החיים העובריים והחיים הטרום-עובריים אשר הוזכרה לעיל: פרשנותו, הקוראת להגנה יחסית על כבוד האדם, מצליחה להעמיד גם את החיים העובריים והטרום-עובריים תחת המטרייה של כבוד האדם ובה בעת להימנע מחסימת תחומים שלמים של מחקר גנטי וביוטכנולוגי בגלל הגנה זו. הפרשנות מסייעת אפוא לפתור מקרים שבהם התוצאה של "הכול" (הגנה מוחלטת של כבוד האדם) או לא כלום" אינה רצויה.²⁰³ עוד טוען קלופפר שכבוד האדם הוא חלק מחוק היסוד, ולכן הוא חלק ממערכת הערכים שחוק היסוד מסדיר. כשמתבוננים בתמונה רחבה זו יש קושי לוגי באפשרות הגבלתה של הזכות לחיים לעומת שילתה המוחלטת של הגבלת כבוד האדם, אף שהוא עצמו נובע מן החיים. קושי נוסף קשור בטענה שעל כבוד האדם לא חל העיקרון החוקתי המנחה של איזון בין זכויותיו של הפרט ובין אינטרסים כלליים אחרים.²⁰⁴

- Herdegen, *Garantie der Menschenwürde*, שם, בעמ' 95-96. 201
 Klopfer, *Leben und Würde*, לעיל ה"ש 112, בעמ' 97. 202
 Klopfer, *Humangentechnik*, לעיל ה"ש 173, בעמ' 422. 203
 השוו שם, בעמ' 423. 204

גם המלומד דרייר ציין בכתיבתו את הקושי שמעורר היותו של כבוד האדם ערך מוחלט מצד אחד, וערך שתחום תחולתו וההגנה שהוא מעניק אינם ברורים, ולעתים הם רחבים מדי, לגישתו,²⁰⁵ מצד אחר. הפתרון שהוא הציע לבעיה שונה בתכלית: לדעתו, עדיפה גישה ברורה הרואה בכבוד האדם ערך מוחלט וחסין מפני כל פגיעה, אולם מגדירה בצמצום את תחום ההגנה המוענקת על ידי כבוד האדם, ובכך מונעת את זילות מעמדו.²⁰⁶

במקרים רבים שבהם עלתה לדיון שאלת פגיעה בכבוד האדם, דן בית המשפט החוקתי בזכות לכבוד האדם בשילוב זכות חוקתית נוספת (בפסקי הדין נוסחה הטענה כשאלת הפרה של סעיף 1(1) בשילוב סעיף חוקתי נוסף) ובייחוד בשילוב הזכות לחירות אישית (allgemeine Handlungsfreiheit) הקבועה בסעיף 1(2) לחוק היסוד. שילוב זה, אשר גיבש את הזכות לאוטונומיה אישית (allgemeine Persönlichkeitsrecht),²⁰⁷ נפוץ מאוד בפסיקה הגרמנית. לפיכך עולה השאלה, כאשר בוחנים את הפגיעה בזכות שבסיסה הוא בסעיף 1(2) לחוק היסוד בשילוב כבוד האדם, איזה חלק מהפגיעה ייחשב פגיעה בכבוד האדם שמעיקרה אינה חוקתית ואינה ניתנת לאיזון, ואיזה חלק ייחשב פגיעה בזכות החוקתית הנובעת מן ההגנה שמעניק סעיף 1(2) לחוק היסוד, ולכן הניתנת להצדקה חוקתית ולאיזון לנוכח זכויות או אינטרסים אחרים.

בהקשר זה מקובלת הטענה שההגנה שמעניק כבוד האדם ב"שילוב הזכויות" היא של קו פרשני מנחה ולא של זכות העומדת בפני עצמה. הגבלתה של הזכות המשולבת ואיזון בינה ובין אינטרסים אחרים היא אפוא אפשרית, ואזכורו של כבוד האדם, בתפקידו הפרשני, אינו מונע איזון כאמור.²⁰⁸

- 205 ראו הדיון לעיל ליר ה"ש 177 בעניין מחקר ביוטכנולוגי ומחקר גנטי בהקשר של כבוד האדם.
- 206 עם זאת הכיר דרייר באפשרות של איזון בין כבוד האדם של אחד לכבוד האדם של אחר כאמור.
- 207 ראו DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 303.
- 208 שם, בעמ' 328-329.

6.1. היחס שבין כבוד האדם ובין הזכות החוקתית לחיים

על פי הדעה המקובלת, כבוד האדם והזכות החוקתית לחיים מגנים על ערכים חוקתיים נבדלים. לא כל פגיעה בחיים היא בה בעת פגיעה בכבוד האדם ולהפך – לא כל פגיעה בכבוד האדם היא פגיעה בחיים. ודוק, ייתכן שפגיעה בחיים תהיה בה בעת גם פגיעה בכבוד האדם, אך ייתכנו פגיעות בזכות לחיים שאינן פגיעות בכבוד האדם. דוגמה ברורה לכך היא הנכונות להקריב את החיים לשם הצלתם של חיים אחרים. חייל, שוטר וחבר בכוחות ההצלה חייבים להיות מוכנים, מכורח תפקידיהם, להקריב את חייהם שלהם לשם הצלתם של אחרים. כבר עצם העמדת החיים שלהם בסיכון מהווה פגיעה בזכות לחיים, אך לא פגיעה בכבוד האדם. לפיכך הפגיעה בזכות לחיים ניתנת לאיזון ולהצדקה. גם פגיעה בחיים הנעשית לשם הגנה עצמית היא אמנם פגיעה בחייו של אחר, אך אינה מהווה בה בעת פגיעה בכבוד האדם.²⁰⁹

מעמדו המוחלט של כבוד האדם בחוק היסוד מציב אותו מעל כל זכות אחרת. היות שכל פגיעה בכבוד האדם נתפסת כבלתי חוקתית ואינה ניתנת להצדקה באמצעות איזון בין כבוד האדם לזכויות אחרות, הופך כבוד האדם לזכות עליונה. פגיעה בכבוד האדם לעולם אינה חוקתית, גם בשם הגנה על ערכים חוקתיים אחרים או זכויות חוקתיות אחרות, ובהם גם הזכות לחיים.

אחת הטענות המסבירות את מידתה הגבוהה יותר של ההגנה על הזכות לכבוד מן ההגנה על הזכות לחיים קשורה להבחנה בין ההגנה על החיים להגנה על הכבוד. טענה זו מציינת את ההסדר החוקי, הכמעט אוניברסלי, המגביל את הזכות לחיים. לשם ההגנה על חיים אחרים, ובנסיבות מוגבלות ביותר (למשל, כדי למנוע סכנה כללית או לשם הגנה על שטח משטחי המדינה), המדינה רשאית לדרוש מן היחיד להקריב את חייו. לעומת זאת אין המדינה רשאית לדרוש מן הפרט לוותר על כבודו כאדם.²¹⁰

אחת הדילמות שהגישה הגרמנית המעניקה מעמד מוחלט לכבוד האדם מעוררת היא ההכרעה במקרים שבהם הזכות לחיים מתנגשת בכבוד האדם. על

209 שם, בעמ' 174.

210 KUNIG, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 68.

פי הגישה הרווחת במשפט הגרמני, ניסיון להציל את חייו של בן ערובה אינו יכול להצדיק פגיעה בכבוד האדם של החשוד במעשה, למשל באמצעות עינויים שמטרתם לגרום לחשוד לגלות את מקום הימצאו של בן הערובה.²¹¹ יוצאת דופן היא גישתו של המלומד שטארק לדילמה האמורה: לגישתו יש לראות מצב זה כמחייב את שקילת החובה שלא לנקוט עינויים, כלומר שלא לפגוע בכבוד האדם של החשוד, לעומת החובה של המדינה להגן על כבוד האדם של החטוף מפני פגיעה בו על ידי צד שלישי – הוא החוטף. כלומר לגישתו של שטארק מדובר בשאלת האיזון בין החובה שלא לפגוע בכבוד האדם של האחד ובין החובה להגן על כבוד האדם (נוסף על החיים) של אחר. באיזון כזה לא תינתן עדיפות נורמטיבית לחובתה של המדינה שלא לפגוע בכבודו של האחד (zu achten) על פני חובתה להגן על כבודו של האחר (zu schützen). לפיכך יש לשקול כאן מחד גיסא את כבוד האדם של התוקף, ומאידך גיסא את כבוד האדם של הקרבן, את הפגיעה הצפויה בשלמות הגוף והנפש של התוקף ומולה את הפגיעה הצפויה בקרבן. איזון זה מביא לגישתו לידי נסיגת החובה שלא לפגוע בחוטף מפני החובה להגן על הקרבן. לפיכך כ"אמצעי אחרון" הרשות רשאית לאיים בנקיטת עינויים בכפוף לשמירה על עקרון המידיות.²¹² גישה נוספת יוצאת דופן היא של המלומד הרדגן, שהוזכרה לעיל, ואשר לפיה כבוד האדם הוא ערך יחסי ואפשר לאזן בינו ובין ערך אחר כגון הזכות לחיים.²¹³ כביקורת על שתי גישות אלה נזכיר תחילה שהגישה המקובלת דחתה את האפשרות להצדיק פגיעה בכבוד האדם בשם ההגנה על כבוד האדם של אחר.²¹⁴ עוד יש להדגיש שהדעה המתירה הלכה למעשה שימוש בעינויים כאמצעי אחרון היא דעת מיעוט בספרות הגרמנית.

דעה נגדית הובעה בין היתר על ידי המלומד דרייר, הטוען שפרשנות המתירה במקרים מסוימים פגיעה בכבוד האדם, בעייתית ביותר בשל עמימותה: היא

- 211 DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 210. מלבד ההגנה על כבוד האדם סעיף 140(1) לחוק היסוד אוסר פגיעה נפשית או פיזית בעצור.
- 212 STARCK, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 40, בעמ' 60-61; טיעון דומה הציג, כפי שכבר הוזכר לעיל, המלומד ויטרק. ראו לעיל ליד ה"ש 188-191.
- 213 ראו לעיל ליד ה"ש 195-201.
- 214 ראו לעיל ליד ה"ש 185-186.

מטשטשת את גבולות ההגנה הראויה על כבוד האדם, מעמידה אותה לפרשנות ופוגעת בוודאותה. דרייר טוען אפוא שהגישה הראויה ביותר היא איסור מוחלט לאזן בין כבוד האדם ובין כל ערך חוקתי או זכות חוקתית אחרים. דרייר מציע עם זאת לתת פרשנות מצמצמת לערך כבוד האדם עצמו.²¹⁵

השאלה אינה תאורתית בלבד. הדיון בנושא התעורר לפני שנים אחדות בעקבות מקרה שקרה בפרנקפורט בשנת 2002 ונדוע כעניין דשנר. לאחר חטיפת בנו של בנקאי בפרנקפורט עצרה המשטרה חשוד בפרשה, והוא הודה בחטיפת הנער אולם סירב לגלות את מקום הימצאו. סגן מפקד תחנת המשטרה בפרנקפורט (דשנר) הורה לחוקרי המשטרה לאיים על החשוד בפרשה (חוטף הנער) בשימוש בכוח פיזי כדי לכפות עליו לגלות את מקום הימצאו של הנער החטוף. טענתו הייתה שבכך פעל לשם הצלת חייו של הנער, שכן בנקודת הזמן האמורה סברו השוטרים שהנער עודנו בחיים (עובדה אשר התבררה אחר כך כמוטעית, שכן החוטף רצח את הנער מיד לאחר חטיפתו). החשוד אכן הושפע מאיומי החוקרים ומסר את מקום הימצאה של גופת הנער (כלי לגלות שהנער אינו בחיים עוד). בגין הוראותיו לחוקרים בפרשה הועמד סגן מפקד תחנת המשטרה, ועמו גם החוקר אשר איים על החוטף, לדין פלילי. השניים הורשעו על ידי בית המשפט.²¹⁶

הפרשנות המקובלת לפני ההתרחשות האמורה ולאחריה ראתה בעינויים כמו גם באיום בעינויים כבאותו מקרה מעשה לא חוקתי ולא מוצדק בשום אופן ובשום מקרה בשל פגיעתו בכבוד האדם. פסק הדין הציג את ההשקפה שאין לפגוע בכבוד האדם בשם שום אינטרס שהוא, אפילו ההגנה על חייהם של אחרים, יהיה משקלו אשר יהיה.

עם זאת חשף המקרה את הבעייתיות שבמעמדו המוחלט של כבוד האדם.²¹⁷ על פסק דינו של בית המשפט בפרנקפורט נמתחה אפוא ביקורת בטענה שהיה

215 DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 211.

216 ראו (2005) LG Frankfurt/M. NJW 692. בית המשפט ציין שלנוכה הנסיבות המקלות המיוחדות למקרה זה יוטל עונש קל במיוחד, ועל כן הטיל על דשנר, כמו גם על קציני המשטרה שעליהם פיקד, עונש כספי על תנאי למשך שנה בלבד. ההליך המשמעתי נגד דשנר הופסק בהתערבות שר הפנים של מדינת הסן, ודשנר הועבר לתפקיד פיקודי לוגיסטי במשטרת הסן בלא הליך משמעתי כנגדו.

217 השוו Wittreck, לעיל ה"ש 188.

מקום להשתמש במקרה זה בסייג הפלילי של הגנה עצמית (Notwehr; סעיף 32 לחוק הפלילי הגרמני) ולפיכך לפטור את דשנר מאחריות פלילית. על פי פרשנות זו, פגיעה בכבוד האדם, הפיכתו לאובייקט לשם השגת מטרה, תהיה בלתי חוקתית רק כאשר היא אינה ניתנת להצדקה על פי חוק. לכן פגיעה בכבוד האדם לפי הסייג הפלילי של הגנה עצמית או לפי הסייג של צורך (Notstand; סעיף 34 לחוק הפלילי) אינה בלתי חוקתית. הטענה נתמכת בחיי המעשה: פעולות משטריות כגון מעצר אגב שימוש בכוח פיזי, כבילת אדם באזיקים או דיכוי הפגנה בלתי חוקתית תוך כדי הפעלת כוח פוגעות כולן בכבוד האדם, ואולם טענת אי-חוקתיות אינה מתעוררת במקרים אלה. מכאן, כך על פי טענה זו, השאלה אם נפגע עיגונו החוקתי של כבוד האדם תלויה בנסיבות המקרה ובתחולתם של הסייגים הקבועים בחוק הפלילי הגרמני (StGB).²¹⁸

מנגד נטען שיש להבדיל בין פעולה לשם הגנה עצמית ובין עינויים או איום בעינויים לשם הצלת חיים. הגנה עצמית היא פעולה הנדרשת לשם הגנתו של הפועל או לשם הגנתו של אדם אחר מפני פגיעה מצד המאיים על החיים. מטרתם של עינויים, לעומת זאת, היא להפעיל לחץ פיזי ונפשי כדי לגרום לחשוד למסור מידע. העינויים אינם נעשים כפעולה של הגנה מפני המאיים על החיים, אלא הופכים את המאיים על החיים, גופו ונפשו, לאובייקט בידי המענה. נקיטת עינויים מרחיקה לכת מהגנה עצמית מפני המאיים על החיים ולכן אינה יכולה להיות מוצדקת בסייג זה של הגנה עצמית.²¹⁹ השימוש בסעיפי ההגנה העצמית והצורך בעייתית גם מסיבה נוספת. על פי התפיסה המקובלת, סייגים אלה אינם חלים על הרשות המבצעת, הפועלת בדרך שהתווה לה החוק הקובע את כללי פעולתה, אלא על אזרח שנקלע למצב שבו עליו להגן על עצמו או על אחרים.²²⁰ ניתן גם לתהות אם הסייגים הקבועים בחוק הפלילי גוברים על הוראה חוקתית מן המעלה הראשונה. בעייתיות נוספת מתעוררת בניסיון להצדיק פעולה של עינויים על פי סייג הצורך, שכן לשון הסעיף קובעת שפעולה על פי סייג הצורך תוצדק רק אם "המעשה הוא אמצעי מידתי למניעתה של

Rolf D. Herzberg, *Folter und Menschenwürde*, JZ 321, 323 (2005) 218
Claus Roxin, *Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens strafflos sein?*, in MENSCHENGERECHTES STRAFRECHT, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag 461, 464 (2005) 219
שם, בעמ' 465. 220

הסכנה".²²¹ לנוכח חוק היסוד ומעמדו של כבוד האדם בו, ברור שנקיטת עינויים, היינו פגיעה בכבוד האדם, אינה יכולה לשמש "אמצעי מידתי" כזה.

שאלת מעמדו המוחלט של כבוד האדם עלתה לדיון פעם נוספת בפסק הדין שדן בחוקתיותו של חוק הביטחון האווירי (הוזכר לעיל). בדיון האקדמי בסוגיה (שנערך במקביל לדיון של בית המשפט החוקתי בעניין) נטען שסעיף 14(3) לחוק הביטחון האווירי מורה לשקול את חיי הנוסעים במטוס לעומת חייהם של הנמצאים על הקרקע, אולם שקילה כזו של "חיים מול חיים" היא כשלעצמה, כך נטען, פגיעה בכבוד האדם ולכן אסורה. בהסתמך על פרשנות לכבוד האדם שמקורה ב"נוסחת האובייקט" נטען כי לא כל הוראה חוקית הנותנת בידי המדינה את הסמכות להמית היא כשלעצמה פוגעת בכבוד האדם (הא ראייה שההגנה החוקתית על החיים שנקבעה בסעיף 2(2) לחוק היסוד מאפשרת פגיעה בזכות לחיים על פי הוראה בחוק); פגיעה בכבוד האדם נגרמת כאשר אותה הסמכה מערערת את אופיו של האדם כסובייקט. כאשר המדינה אינה רואה את האדם, כפרט, כיחיד שניחן בתכונות אינדיווידואליות, אלא רואה בו אמצעי שיש לו תחליף, כבוד האדם נפגע. לכן ההגנה החוקתית על כבוד האדם אוסרת את שקילתם הכמותית, המספרית, של "חיים מול חיים".

על הטענה, שסעיף החוק שוקל "חיים מול חיים" ולכן פוגע בכבוד האדם, נמתחה גם ביקורת. היו שטענו כי חייהם של נוסעי המטוס יבואו אל קצם בשני המקרים, ולכן פעולה מצד הרשות כדי להציל את חייהם של הנמצאים על הקרקע, שעוד אפשר להצילם, היא פעולה מוצדקת. אולם טענה זו אינה משכנעת: אין ולא יכול להיות ביטחון מוחלט שחוטפי המטוס יממשו את תכניתם ויגרמו למותם של הנוסעים במטוס; אין ביטחון מוחלט שהנוסעים עצמם לא יוכלו להשתלט על החוטפים ולמנוע את מימושה של תכניתם. יתרה מזו, ההגנה על כבוד האדם נתונה לכל אדם בכל מצב, גם כאשר הוא עומד לפני מותו. האדם אינו מאבד מערכו לפני מותו ולכן אינו מאבד גם את חובת הרשות להגן על חייו ועל כבודו.²²²

221 בגרמנית: "Dies (die Rechtfertigung) gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, um die Gefahr abzuwenden"

222 Bodo Pieroth & Bernd J. Hartmann, *Der Abschuss eines Zivilflugzeugs auf Anordnung des Bundesministers für Verteidigung*, JURA 729, 729-730 (2005)

טענה נוספת נשמעה מפי המלומד מרקל (Merkel) במאמר שייחד לדיון בפסילתו של החוק. מרקל טען בין היתר שהסיבה לפסילת החוק אינה שקילתם של חיים מול חיים, שכן שקילה כזו אינה אסורה כשלעצמה ואף נעשית הלכה למעשה.²²³ לגישתו, פסילתו של החוק נובעת מהפרת האיסור להקריב (באופן אקטיבי) את חייהם של חפים מפשע.²²⁴

שאלה נוספת בעניין המתח שבין הזכות לחיים לכבוד האדם היא שאלת זכותו של אדם לסיים את חייו. סוגיה זו, הנוגעת בשאלת חוקתיותה של המתת חסד, אינה עשויה מקשה אחת וכוללת בתוכה מקרים שונים: מקובל להבדיל בין "סיוע אקטיבי" להבאת החיים אל קצם, כלומר פעולה מכוונת שתכליתה לסייע לאחר לקצר את חייו לשם מניעת כאב וסבל, ובין "סיוע פסיבי", המשיג אותה מטרה על ידי הפסקת טיפול רפואי שהוחל בו או אי-נקיטת טיפול כאמור. עוד יש להבדיל בין חולה המבקש לקצר את חייו כאשר דעתו צלולה והוא מבין את מעשיו לבין מי שהביע רצון לסיים את חייו, אך כעת הוא מחוסר הכרה או לוקה בנפשו.²²⁵

בחינתה של הסוגיה לאור ערך כבוד האדם מחייבת הכרה ברצונו האוטונומי של הפרט והגנה עליו מפני תפיסה פטרנליסטית ומפני הפיכתו לאובייקט על ידי השערת השערות בנוגע לרצונו, בלי שהביע אותו במפורש. כבוד האדם אמור להגיש את רצונו האוטונומי של הפרט ולהגן עליו מפני הניסיון לקבוע מאפיינים "אובייקטיביים" לחיים אשר ראוי לחיותם.²²⁶

223 כדוגמה לטענה מציג מרקל מצב שבו שרפה אשר פשטה בגן ילדים מאיימת על חייהם של חמישים ילדים באגף המערבי של הגן ועל חמישה ילדים באגף המזרחי. במצב כזה, וכאשר המשאבים העומדים לרשות מכבי האש אינם מספיקים כדי לפעול בשני האגפים בד בבד, אין ספק שהחלטת מפקד מכבי האש תהיה להתחיל בכיבוי השרפה באגף המערבי. ראו Merkel, *Luftisicherheitsgesetz*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 380.

224 השו"ש, בעמ' 318-380.

225 קוניג מציין שהשאלה מתי יש להכיר ברצונו של אדם אשר הובע בעבר אינה שאלה שפתרונה משפטי. השו"ש KUNIG, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 96.

226 ש"ש, ש"ש. עוד ראו Harro Otto, *Recht auf den eigenen Tod? VERHANDLUNGEN* DES 56. DEUTSCHEN JURISTENTAG I, Gutachten D 24-25 (1986)

בספרות המשפטית נטען לא אחת שפתרון סוגיה זו, היינו הקביעה אם וותר לפגוע בנסיבות אלה בזכות לחיים, אינו תלוי בבחינתה לאור ערך כבוד האדם. כך טוען למשל המלומד דרייר. גם המלומד קוניג סבור שבחינת הסוגיה לאור ערך כבוד האדם אינה יכולה להציע פתרון לבעיה. לטענתו, אם כבוד האדם יכול לסייע בשאלת חוקתיותן של המתות חסד, בא הדבר לידי ביטוי רק בשלילת הסיוע האקטיבי לסיום החיים. עצם מתן תוקף חוקתי לסיוע אקטיבי כאמור (אף שלא תמיד ברור ההבדל בינו ובין סיוע פסיבי) עשוי במנותק מן המקרה היחיד שבו הוא נדון לפתוח פתח לפגיעה בהגנה החוקתית הן על החיים הן על כבוד האדם.²²⁷

הדיון המועט יחסית בסוגיה מגלה את הקושי הטמון בתפיסה הגרמנית לכבוד האדם: ההגנה על הפרט מפני הפיכתו לאובייקט ומפני הצבת קריטריונים אובייקטיביים אשר יאפשרו את סיום חייו של הפרט היא הגנה מוחלטת. עם זאת הגנה מוחלטת על פן זה של כבוד האדם, המובנת לנוכח הרקע ההיסטורי אשר עיצב את מושג כבוד האדם בחשיבה הגרמנית, מתעלמת מהיבט אחר של כבוד האדם – זכותו של הפרט לסיים את חייו בכבוד, מתוך הכרה בכך שישנם חיים אשר המשכם עשוי לפגוע בכבוד האדם.

המלומד אוטו (Otto) מסביר יפה את הבעיה שבזכות "למות בכבוד": מחד גיסא, ההגנה על החיים ועל כבוד האדם (שכן יש להזכיר: בכל מקום שבו יש חיים אנושיים, מתלווה להם גם כבוד האדם) מגבילה את יכולתו של הפרט להחליט באופן שרירותי על סיום חייו. מאידך גיסא, אותה יכולת החלטה של אדם מתי יסיים את חייו עשויה להיות היא עצמה הגשמה של כבוד האדם שלו. אם נעניק לפרט את הסמכות להחליט אם להגן על כבוד האדם שלו באמצעות המשך החיים או באמצעות הבאתם לידי סיום, הרי בכך נעניק לו שליטה בהגנה על ערך כבוד האדם, דבר שעשוי להביא לפגיעה במעמדו המוחלט של הערך; לעומת זאת פתרון הבעיה על ידי מערך של כללים משפטיים יעניק שליטה בכבוד האדם של הפרט לכלל חיצוני, ובתהליך זה הפרט עלול להפוך מסובייקט בעל יכולת בחירה אוטונומית לאובייקט הכפוף להחלטה שקיבלו אחרים.²²⁸

227 KUNIG, GG KOMMENTAR לעיל ה"ש 43, בעמ' 97.

228 Otto, לעיל ה"ש 226, בעמ' D 26.

לגישתו של אוטו, נקודת המוצא לפתרון הסוגיה טמונה במשמעות ערך כבוד האדם, המבטיח לכל פרט "חיים בכבוד" כמו גם אפשרות לסיימם בכבוד. רופא, המאריך בלא גבול ובלא תועלת סבל וייסורים של חולה, חורג מתפקידו. כאשר מצפה לפרט עתיד של חוסר הכרה וחוסר תפקוד, והוא מבקש בדעה צלולה להביא את חייו לידי סיום, על החברה, הכפופה לחובה לשמור על כבוד האדם, לכבד החלטה זו גם כאשר ההחלטה גופא עשויה להיות שנויה במחלוקת (כלומר שאולי אדם אחר היה מבקש להאריך את חייו במצב זה). מכאן עולה שגם אוטו רואה ברצונו האוטונומי של הפרט גורם המכריע בשאלת הבחירה לסיים את החיים. התפיסה שהאדם הוא ישות אוטונומית דורשת, לגישתו, לכבד את החלטתו החופשית של הפרט.²²⁹

7. חובת הרשות השלטונית להוקיר את כבוד האדם ולהגן עליו

סעיף 1(1) לחוק היסוד קובע שכל רשות מרשויות המדינה חייבת להוקיר את ערך כבוד האדם, כלומר להימנע מפעולה שתפגע בכבוד האדם. החובה הנוספת הקבועה בחוק היסוד – החובה להגן על כבוד האדם – מטילה על הרשות חובת עשייה: החובה להגן על ערך כבוד האדם מפני פגיעה בו על ידי צד שלישי, כמו גם החובה לאפשר את הגשמתם של חיים המקיימים את ערך כבוד האדם.

7.1. חובת הרשות שלא לפגוע בכבוד האדם

חובת הרשות השלטונית שלא לפגוע בכבוד האדם מתרכזת באיסור להשפיל את האדם ולהמעיט בערכו. על פי הדעה המקובלת בספרות הגרמנית, עינויים, עבדות, סחר בבני אדם וגירוש אסורים לפי סעיף זה.²³⁰ להיבט זה של חובת הרשות שלא לפגוע בכבוד האדם יש חשיבות רבה בתחום המשפט הפלילי. ההגנה על כבוד האדם מטילה אפוא הגבלות על עצם ההליך הפלילי. הדוגמה הבולטת ביותר היא ההגנה שהחוק הפלילי מעניק מפני הפללה עצמית. על פי הדעה המקובלת, אשר זכתה גם לאישורו של בית המשפט החוקתי,²³¹ הוראת ההגנה מפני הפללה עצמית (Selbstbeziehungszwang) לפי סעיף 136(1)(2) לחוק סדר הדין הפלילי (StPO) נובעת מאיסור הפגיעה בכבוד האדם. איסור ההפללה העצמית הוא האיסור להפוך את הנאשם לאובייקט בהליך הפלילי שבאמצעותו תוכיח המדינה את טענותיה.²³² החובה שלא לפגוע ביכולת הבחירה החופשית, המהווה נדבך מרכזי בכבוד האדם, פירושה שאין לשלול מן הנאשם את הזכות לבחור מרצונו אם להודות באשמה או לכפור בה

230 DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 215.

231 BVerfGE 38, 105 (1974), בעמ' 114-115.

232 ראו עוד DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 213-214.

ולכן אין לכפות עליו למסור הודאה.²³³ הכפייה למסור הודאה אינה מתיישבת עם כבוד האדם, אם מטרתו של המידע הנמסר היא בראש ובראשונה לשמש כנגד אותו אדם שמסר את ההודאה.²³⁴

לפי דעה שונה, שהשמיע המלומד שטארק, זכות השתיקה אינה נובעת מכבוד האדם. לטענתו, כאשר חשוד נדרש למסור מידע, מסירת המידע במקרה של חוסר אשמה רק תסייע לחשוד להוכיח את חפותו, ואילו במקרה של אשמה מסירת המידע היא בגדר התמודדות של אדם עם תוצאות מעשהו, דבר שאינו יכול להיחשב כפגיעה בכבוד האדם. הסיבה לזכות השתיקה, לדעתו, היא חוסר היכולת לכפות על אדם למסור מידע, שכן כפייה כזו אפשרית רק באמצעות שימוש בכוח (כלומר שימוש בעינוי נפשי או פיזי), ולכן היא פוגעת בביורר בכבוד האדם. לגישתו, היות שהנאשם יכול למסור מידע ולהעמיד עצמו כסובייקט במרכזו של ההליך הפלילי, אם בחר שלא למסור מידע, המדינה רשאית להסיק מכך מסקנות לחובת הנאשם בלא שהדבר יהווה פגיעה בכבוד האדם.²³⁵ שטארק משווה את הדברים לאיסור הפלילי של תאונת "פגע וברח": כשם שהאיסור לנטוש מקום תאונה והחובה למסור פרטים אינם פוגעים בכבוד האדם, כך גם לטענתו חיוב למסור פרטים בנוגע לכל עברה אחרת לא יהווה פגיעה בכבוד האדם.

טענתו של שטארק נראית בעייתית. אי-אפשר להתעלם מכך שהדרישה למסור הודאה היא למעשה דרישה מן הנאשם לסייע בהרשעתו שלו. גם ההשוואה שעורך שטארק בין החובה שלא להסתלק ממקום תאונה ובין הדרישה למסור הודאה אינה משכנעת, שכן החובה שלא להסתלק ממקום תאונה נועדה לקיים צורך בתחום המשפט האזרחי ולאפשר לנפגע בתאונה לתבוע את נזקיו מן הצד שכנגד. קשה להשוות זאת למטרותיה של הודאת נאשם במשפט הפלילי ולתוצאותיה.²³⁶

החובה שלא לפגוע בכבוד האדם מגבילה גם את השימוש בשיטות חקירה הנתפסות כפוגעות בכבוד. האיסור לפגוע בכבוד האדם נתפס אפוא כמקורו של

MARTIN NOTHHELPER, DIE FREIHEIT VON SELBSTBEZICHTIGUNGSZWANG 63 233
(1989)

שם, בעמ' 74. 234

STARCK, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 40, בעמ' 53-54. 235

NOTHHELPER, לעיל ה"ש 233, בעמ' 75-76. 236

סעיף 136a לחוק סדר הדין הפלילי הגרמני האוסר פגיעה בהחלטתו החופשית וברצונו החופשי של הנאשם.²³⁷ הנאשם עצמו חופשי להחליט אם וכיצד ימסור את אמרתו. הסעיף מציין כמה דוגמאות לפגיעה אסורה ברצון החופשי: מניעת שינה, תקיפה פיזית, שימוש בתרופות המשפיעות על מצבו הגופני או הנפשי של הנאשם ועל ידי כך גם על רצונו החופשי,²³⁸ הטעיה (הן הטעיה בדבר המצב המשפטי, כגון תשאל הנאשם כעד ולא כחשוד במעשה, אמירה שמחובתו למסור הודאה או האמירה ששתיקה תשמש ראייה נגדית; הן הטעיה בדבר המצב העובדתי של הדברים כגון הצגה שקרית של שרשרת ראיות בטענה שהיא מצביעה על אשמת הנאשם, או טענה שקרית בדבר קיומה של הודאה מצד שותף לביצוע המעשה), היפנוזה או פעולות אחרות הגורמות לפגיעה בתפיסת המתרחש או בזיכרונו של הנאשם. מדובר בדוגמאות בלבד והסעיף אוסר כל פגיעה ברצון החופשי כמתחייב מאיסור הפגיעה בכבוד האדם.²³⁹ ראוי להדגיש שהסכמתו של הנאשם לפעולה מן הפעולות הללו אינה משנה את דבר האיסור, שכן אדם אינו יכול להסכים לפגיעה בהגנה הנתונה לו על כבוד האדם.

237 סעיף 136a לחוק סדר הדין הפלילי קובע כדלקמן:

סעיף 136(א) [שיטות חקירה אסורות]

(1) ההחלטה החופשית של הנאשם ורצונו החופשי לא ייפגמו על ידי טיפול לא נאות, מניעת שינה, פגיעה פיזית, שימוש בסמים, עינויים, הטעיה או היפנוזה. אמצעי כפייה יינקטו רק ככל שהם מותרים בחוק סדר הדין הפלילי. איומים בנקיטת אמצעים שאינם מותרים בחוק זה או ציון הסיכוי להטבה שאינה מצופה בחוק, אסורים.

(2) אמצעים המחלישים את זיכרונו של הנאשם או את יכולתו להבין לא יותרו.

(3) התנאים המפורטים בסעיפים קטנים (1) ו-(2) יחולו בלי קשר להסכמת הנאשם. לא יהיה שימוש בהצהרות שהושגו תוך הפרת תנאים אלה, גם אם הנאשם מסכים להשתמש בהן.

(להדגום הרשמי לאנגלית ראו להלן סעיף 5 לנספח).

238 לעומת האיסור האמור קבעה הפסיקה שמתן תרופות כדי לגרום ליציאת סמים מגוף החשוד בסחר בסם או חיפוש סם בחלל הפה של חשוד כדי למנוע ממנו להעלים ראיות מותרים, בתנאי שתיבחן מידתיות השימוש באמצעי. ראו GER PFEIFFER, STRAFPROZESSORDNUNG UND GERICHTSVERFASSUNGSGESETZ KOMMENTAR 368 (2002)

239 שם, בעמ' 365, 367.

לפי התפיסה הרווחת בספרות הגרמנית, גם השימוש בפוליגרף אסור משום החובה שלא לפגוע בכבוד האדם. על פי הטענה, התשאול בפוליגרף פוגע בכבודו של הנאשם גם כאשר הוא נעשה בהסכמתו של הנאשם ואף כאשר הוא נעשה על פי בקשתו כדי להוכיח את חפותו.²⁴⁰

גם טענה זו מתבססת על התפיסה שאדם אינו יכול לוותר על ההגנה על כבוד האדם המוענקה לו. הטענה נראית בעייתית. היא אמנם מתבססת על התפיסה שאדם אינו יכול לבחור לוותר על כבודו, אולם כאשר מדובר בבדיקת פוליגרף המתבססת על רצונו של הנאשם להוכיח את חפותו, האיסור לבצע את הבדיקה עשוי לפגוע בערך אחר הנובע מכבוד האדם – חופש הבחירה וההחלטה החופשית.

גם כאן ניכר אפוא הניגוד שהוצג בתחילת חיבור זה בין התפיסות הפרשניות לכבוד האדם: פרשנות המתבססת על "נוסחת האובייקט" הקובעת איסור להפוך אדם לאמצעי מחד גיסא, ופרשנות הרואה בכבוד האדם ערך המייצג את האוטונומיה הפרטית והבחירה החופשית מאידך גיסא. כמו בפרשת הפיפ-שוואר, גם כאן קיבלה סתירה פרשנית זו ביטוי בפסיקתו של בית המשפט: שאלת חוקתיותה של בדיקת הפוליגרף, שנבחנה על ידי כמה ערכאות שיפוטיות בגרמניה, נדונה לראשונה לפני בית המשפט הפדרלי בגרמניה (BGH) בשנת 1954.²⁴¹ בית המשפט קבע אז שחקירה באמצעות פוליגרף פוגעת בזכותו של הנאשם לקבל החלטות חופשיות ומרצון. לעומת זכות השתיקה, הנתונה לנאשם ומאפשרת לו שלא לענות על שאלות בחקירה אשר אין הוא רוצה לענות עליהן, בחקירה באמצעות מכשיר פוליגרף אין לנשאל שליטה בתגובות גופו על השאלות הנשאלות. מכאן שכל תגובה של הנשאל על כל שאלה היא בגדר תשובה הנמסרת על ידי גופו, גם כנגד רצונו.²⁴² לפיכך קבע בית המשפט שהשימוש במכשיר הפוליגרף בהליך הפלילי כמו גם בהליכי שימוע מוקדם אסור בלי כל קשר לשאלת הסכמתו של הנאשם לבחינת הפוליגרף.

בשנת 1981 דן בית המשפט החוקתי (בערעור על החלטת בית המשפט הפדרלי) בשאלת קבילותה של בדיקת הפוליגרף. גם כאן נקבע שהבדיקה אינה

DREIER, GG KOMMENTAR לעיל ה"ש 4, בעמ' 215.

BGHSt 5, 332 (1954) 241

שם, בעמ' 335. 242

יכולה לשמש ראייה בהליך, גם כאשר היא נעשית בהסכמתו או אף על פי בקשתו של נאשם.²⁴³ לדברי בית המשפט, בדיקת הפוליגרף, הבודקת באמצעות מכשיר תגובות גופניות לא רצוניות ולא נשלטות, ושמתרחה לבחון את נכונותן של אמרות, הופכת את הנבחן לתלוי במכשיר ופוגעת בזכות לאוטונומיה אישית (זכות שהיא יציר הפסיקה והמבוססת על סעיף 1(1) בשילוב סעיף 2(1) לחוק היסוד). בית המשפט קבע שהסכמתו של הנאשם לעבור בדיקת פוליגרף אינה משפיעה על אי-חוקקיותה של הבדיקה, שכן לנאשם, המאויים בשלילת חירותו, לא נתון חופש בחירה של ממש בויתור על זכותו. לכן אין הוא יכול לוותר על זכותו החוקקית ולדרוש את קבילותה של בדיקת פוליגרף.

שאלת קבילותה של בדיקת פוליגרף שהתבקשה על ידי נאשם עלתה שוב לדיון לפני בית המשפט הפדרלי בשנת 1998.²⁴⁴ באותו עניין ביקש נאשם בעברות מין בילדים לעבור בדיקת פוליגרף לשם הוכחת חפותו. בית המשפט של הערכאה הראשונה (Landesgericht) סירב לאשר את ביצוע הבדיקה למרות בקשת הנאשם עצמו. בית המשפט הפדרלי, אף שדחה את ערעורו של הנאשם, קבע שבדיקת פוליגרף, המתבקשת על ידי הנאשם עצמו, ואשר בעניינה הוכח שהחלטה לקיימה הייתה החלטה חופשית של הנאשם, אינה פוגעת בזכות החוקקית לכבוד או בזכותו של הנאשם לקבל החלטה חופשית מרצון (זכות הקבועה בסעיף 136a לחוק סדר הדין הפלילי הגרמני).²⁴⁵ בית המשפט ביסס את החלטתו זו על הנימוק שהאחריות האישית וזכותו של אדם להשפיע על עתידו וגורלו שלו הם חלק בלתי נפרד מכבוד האדם.²⁴⁶

על אף זאת קבע בית המשפט שבדיקת הפוליגרף אינה "מתאימה" לשימוש בהליך הפלילי על פי הקבוע בסעיף 244(3) לחוק סדר הדין הפלילי.²⁴⁷

BVerfG, NJW 375 (1982) 243

BGH, NJW 657 (1999) (להלן: עניין הפוליגרף 1998). 244

שם, בעמ' 657. 245

Walter Kargl & Stefan Kirsch, *Zur Zulässigkeit eines untauglichen* ראו 246
Beweismittels im Strafverfahren – BGHSt 44, 308 JuS 537, 539 (2000)

עניין הפוליגרף 1998, לעיל ה"ש 244, בעמ' 662. בית המשפט קבע שבדיקת 247
הפוליגרף "בלתי מתאימה לחלוטין" (völlig ungeeignet) לשמש ראייה בהליך

את קביעתו זו תמך בית המשפט בסקירה מפורטת של המחקר המדעי בעניין בדיקת הפוליגרף ומידת אמינותה.

על החלטתו זו של בית המשפט והפרשנות שניתנה לשאלת כבוד האדם נמתחה ביקורת בספרות המשפטית. נטען שכל עוד החלטתו של הנאשם להיבדק בבדיקת פוליגרף היא חלק מתהליך חקר האמת, הנאשם הופך לכלי להשגת מטרה זרה. בעצם הפיכתו לאמצעי בתהליך בירור האמת כאמור יש פגיעה בזכותו לכבוד.²⁴⁸ עוד נטען שההכרעה בשאלה אם בדיקת הפוליגרף פוגעת בזכויותיו החוקתיות של הנאשם, אף אם נתן לה את הסכמתו, תלויה בשאלה אם ההסכמה לבדיקת הפוליגרף היא החלטה אישית ורצונית, כלומר בשאלה אם רצונו של המסכים לבדיקה אינו כפוף להשפעת גורמים חיצוניים. במקרה של בדיקת פוליגרף אין הסכמה כזאת: תקוותיו של הנאשם למצוא ישועה בבדיקת הפוליגרף נובעות מן ההנחה שלתוצאות הבדיקה משמעות בהליך הפלילי. תקווה זו היא פעמים רבות בלתי מבוססת ונובעת מהבנה מוטעית של הנאשם בעניין משקלה של בדיקת הפוליגרף בהליך הפלילי. החלטתו של הנאשם, המבוססת על הנחה מוטעית כאמור, אינה החלטה חופשית ולכן היא מפרה את העיקרון שאיש אינו מחויב לבגוד בעצמו (*nemo tenetur se ipsum prodere*).²⁴⁹ בהיעדר הסכמה חופשית האדם הופך לכלי בבירור האמת, דבר הפוגע בהגנה על כבוד האדם.

ביטוי נוסף במשפט הפלילי לחובתה של הרשות שלא לפגוע בכבוד האדם קשור לגזר הדין. הטלת עונש אכזרי או בלתי אנושי אסורה בבירור משום הפגיעה בכבוד האדם. השאלה היא מה הפרשנות למונח "עונש אכזרי". גם על שאלה זו עשויות להיות תשובות מגוונות. הדעה המקובלת היא, למשל, שעונש מוות הוא עונש אכזרי אשר אינו מתיישב עם ההגנה החוקתית על כבוד האדם (יש לציין שחוק היסוד הגרמני כולל בסעיף 102 הוראה מפורשת בדבר מחיקתו של עונש המוות מספר החוקים).²⁵⁰ לפי דעה אחרת, עונש המוות כשלעצמו לא תמיד פוגע

הפלילי ולפיכך פסולה על פי סעיף 244(3) לחוק סדר הדין הפלילי, האוסר שימוש בראיה "בלתי מתאימה לחלוטין" כאמור.

Kargl & Kirsch, לעיל ה"ש 246, בעמ' 541.

שם, שם. 249

KUNIG, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 99.

בכבוד האדם, שכן ערך החיים וערך כבוד האדם הם ערכים חוקתיים נפרדים, והפגיעה באחד לא בהכרח כרוכה בפגיעה באחר. השאלה אם עונש המוות הוא עונש אכזרי ולכן בלתי חוקתי תלויה אפוא בשאלת אופן החלת עונש המוות: עונש אכזרי יהיה, למשל, כליאה לתקופה ארוכה של הנדון למוות עד לנקיטת עונש המוות עצמו (death row phenomenon) או ביצוע אכזרי של ההוצאה להורג.²⁵¹ בפסק דין מנחה בסוגיית כבוד האדם במשפט הפלילי קבע בית המשפט החוקתי שעונש מאסר עולם אינו פוגע בכבוד האדם רק כאשר הוא מלווה בסיכוי ממשי להשתחרר מהמאסר ביום מן הימים. עונש מאסר עולם בלא סיכויי שחרור (למשל, בעקבות שינוי בתפיסת העולם של הנאשם) אינו מקיים את ההגנה על כבוד האדם,²⁵² שכן משמעותו ניתוק ממושך של האדם מהקהילה החברתית, דבר הנושא עמו תוצאות הרסניות באשר להתפתחותו האישית של האדם הכלוא. למילוי תנאי זה של חוקתיות עונש מאסר עולם לא מספיקה היכולת להגיש בקשה לחנינה, שכן חנינה אינה הליך משפטי במשמעות המקובלת. הדרישה היא שייקבעו בחוק מועד ותנאים לבחינה משפטית מחודשת של עונש המאסר. עוד נדרש שיהיה לאסיר סיכוי של ממש להשתלב מחדש בחברה. לכן על הוראות החוק לכלול תכנית שיקום שתחול על כל אסיר, גם על אסירים אשר נדונו למאסר עולם.²⁵³ התפיסה הבאה לידי ביטוי בפסק הדין היא שבשם כבוד האדם זכאי כל אדם לסיכויי שיקום וחזרה לחיים חופשיים בחברה. לכן על הוראות החוק מציעות, בצד עונש מאסר עולם, סיכוי לשחרור ושיקום כאמור, אין פגיעה בכבוד האדם. בית המשפט ציין שמשמעותו של הסיכוי לשקול מחדש את מאסר העולם היא שריצוי מלא של מאסר עולם הוא יוצא הדופן. למעט מקרים חריגים שבהם גובר שיקול ביטחון הציבור, או מקרים שבהם לנאשם אין יכולת להשתלב מחדש בחברה, יזכו מרבית הנדונים למאסר עולם לשחרור

251 בדעה זו תומך המלומד דרייר. השווה HORST DREIER, VOL. III, GRUNDGESETZ KOMMENTAR 605 (2000). ראוי לציין שגם כאן יש מתח בין התפיסה האובייקטיבית שכליאה לתקופה ארוכה עד לביצוע העונש פוגעת בכבוד האדם ובין העובדה שלעיתים הגורם להארכת התקופה הוא הנדון למוות עצמו המבקש למצות את כל האפשרויות המשפטיות העומדות לרשותו.

252 עניין חוקתיות מאסר עולם, לעיל ה"ש 138, בעמ' 245.

253 השווה שם, בעמ' 238-239.

מוקדם בשלב כלשהו.²⁵⁴ החלטתו של בית המשפט יושמה בחקיקת סעיף 57a לחוק הפלילי הגרמני הקובע שעונש מאסר עולם ייבחן מחדש לאחר שריצה האסיר 15 שנות מאסר וכאשר חומרתו המיוחדת של המעשה אינה מחייבת ריצוי מלא של העונש.²⁵⁵ חריג זה של "חומרה מיוחדת" מאפשר להוציא את "המקרים החריגים" – שהוזכרו בפסק הדין ואשר לא יאפשרו שקילה מחדש של עונש מאסר עולם – מגדר ההוראה: בין היתר בנסיבות כגון מספר קרבנות רב של הרוצח, הסבל שנאלצו לחוות לפני מותם, ביצוע רצח אכזרי במיוחד או סיכון חיים של אחרים בביצוע הרצח. החומרה המיוחדת נקבעת כבר בפסק הדין של הערכאה המרשיעה.²⁵⁶ דוגמה למעשה רצח אשר הוכר כחמור במיוחד, ולכן ככזה שאינו מאפשר את קיצורו של עונש מאסר עולם, היא פשע של רצח עם.²⁵⁷

חובתה של הרשות להגן על כבוד האדם מחייבת עוד שבמאסר כמו גם במעצר יישמרו תנאים אנושיים בסיסיים.²⁵⁸ בהקשר זה הוכרו בין היתר טענות על פגיעה בכבוד האדם במקרה של תפוסת תאי כלא העולה על הקיבולת המקסימלית או במקרה שבו לא נשמרו תנאי היגיינה בסיסיים.²⁵⁹ עוד נקבע שהיכולת ליצור קשר עם אחר הכרחית לשמירה על כבוד האדם. לכן החזקתו של אסיר בבידוד לפרקי זמן ארוכים מהווה פגיעה בכבוד האדם. בית המשפט החוקתי אשר דן בנושא קבע שהחזקה בבידוד מסיבות ביטחוניות מתיישבת עם השמירה על כבוד האדם כל עוד משך הבידוד קצוב בזמן ואינו עולה על שלושה חודשים.²⁶⁰

- 254 שם, בעמ' 241.
- 255 יש להדגיש שבחינה זו של המשך ריצוי עונש המאסר נעשית על די בית המשפט ואינה מחליפה את הליך בקשת החנינה.
- 256 THEODOR LENCKNER, PETER CRAMER & WALTER STREE, SCHÖNKE & SCHRÖDER STRAFGESETZBUCH KOMMENTAR 940 (28. Auflage, 2010) פרשנותם של וולטר סטרֶה (Walter Stree) ויורג קיניג (Jörg Kinzig) לסעיף 57a לחוק הפלילי.
- 257 KRISTIAN KÜHL, LANCKNER & KÜHL STRAFGESETZBUCH KOMMENTAR 394 (26. Auflage, 2007)
- 258 "תנאים בסיסיים לקיום אנושי וחברתי של אדם" "Grundlegende [Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des Menschen]. השוו עניין חוקתיות מאסר עולם, לעיל ה"ש 138, בעמ' 228.
- 259 DREIER, GG KOMMENTAR לעיל ה"ש 4, בעמ' 216.
- 260 BVerfGE 49, 24 (1978), בעמ' 64. ראו עוד STARCK, GG KOMMENTAR לעיל ה"ש 40, בעמ' 56.

ביטוי נוסף לחובתה של הרשות השלטונית שלא לפגוע בכבוד האדם קשור לבקשת הסגרה ולחלופין לבקשה להענקת מקלט מדיני. בהקשר זה קבע בית המשפט החוקתי שהסגרה, כמו גם סירוב לבקשה לתת מקלט מדיני, אינם עולים בקנה אחד עם חובת המדינה שלא לפגוע בכבוד האדם, כאשר המבוקש להסגרה או המבקש מקלט מדיני עומדים – עקב ההסגרה או עקב שלילת המקלט המדיני – לפני סכנת פגיעה בכבוד האדם.²⁶¹

על פי הדעה המקובלת, חובת הרשות שלא לפגוע בכבוד האדם באה לידי ביטוי גם בחובתה שלא להטיל מסים אשר יורידו הכנסה של אדם אל מתחת לסכום המבטיח קיום בכבוד. במילים אחרות, הרשות נדרשת להותיר לבעל ההכנסה סכום שלאחר ניכוי המסים יבטיח לו ולמשפחתו חיים בכבוד. אותו סכום המבטיח חיים בכבוד נקבע לפי קצבאות התמיכה הסוציאלית שהמדינה נותנת, שכן אלה נדרשות למלא בדיוק את התפקיד של הבטחת קיום בכבוד.²⁶²

7.2. חובת הרשות השלטונית להגן על כבוד האדם

חובת הרשות להגן על כבוד האדם באה לידי ביטוי בראש ובראשונה בחובה לאסור כל פגיעה בכבוד האדם ובהטלת סנקציות מתאימות בעקבות כל פגיעה כזו – הן פגיעה שגרמה הרשות הן פגיעה שגרם אחר.

בהקשר זה מתעוררות שתי שאלות: איזה אמצעי על הרשות לנקוט כדי להגן על כבוד האדם, ומתי עלול להיפגע כבוד האדם, ולכן נדרש מימוש חובתה של הרשות להגן על כבוד האדם מפני פגיעה?

בשאלת האמצעי שהרשות צריכה לנקוט כדי להגשים את חובתה להגן על כבוד האדם הדעה המקובלת קובעת שלרשות מסור בדרך כלל שיקול דעת לבחור באמצעי המתאים. אין הרשות חייבת להשתמש בחוק הפלילי דווקא לשם הגנה

261 ראו סיכום ההלכה אצל DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 216-217. לפסקי הדין הרלוונטיים ראו שם, ה"ש 484.

262 Volker Neumann, *Menschenwürde und Existenzminimum*, NVwZ 426 (1995). עור ראו Franz Ruland, *Steuerfreies Existenzminimum für Familien*, JuS 161, 162 (1991). לסוגיית חובת המדינה לספק שירותים סוציאליים המאפשרים קיום בכבוד ראו להלן ליד ה"ש 287-300.

כאמור. עם זאת, לפי הדעה המקובלת בספרות המשפטית הגרמנית, במקרים של פגיעה קשה בכבוד האדם מחובתה של הרשות לפעול להגנה על כבוד האדם באמצעות קביעת איסור פלילי לפגוע בדרך זו.²⁶³ כך למשל מסביר שטארק שלשם ההגנה על החיים האנושיים, שהם הבסיס החיוני להגנה על כבוד האדם, מחויבת המדינה למנוע באמצעות החוק הפלילי פגיעה של צד שלישי בחיים (כגון איסור בחוק הפלילי לתת סיוע אקטיבי להמתה). עוד לגישתו, ומשום חשיבות שלמות הגוף כחלק מכבוד האדם, מחויבת המדינה להגן על שלמות הגוף באמצעות החוק הפלילי.²⁶⁴

התשובה על השאלה באילו מקרים נדרשת הרשות לממש את חובתה להגן על כבוד האדם מפני פגיעה בו סבוכה יותר ושנויה במחלוקת הנובעת מן הקושי הבסיסי להגדיר את כבוד האדם ואת הפגיעה בו. כך למשל, וכפי שכבר הוזכר לעיל, שנויה במחלוקת השאלה אם לשם ההגנה על כבוד האדם של העובר שטרם נולד המדינה נדרשת לאסור בחוק הפלילי הפסקות היריון. קושי זה ניכר בהחלטתו של בית המשפט, אשר קבע שההגנה על העובר מחייבת הוראה בחוק הפלילי האוסרת הפסקת היריון מחד גיסא; מאידך גיסא ובה בעת קבע בית המשפט בצד האיסור את החריגים להרשעה פלילית ובראשם החריג המאפשר ביצועה של הפסקת היריון עד לשבוע השנים עשר לאחר קבלת ייעוץ מתאים.²⁶⁵ כן שנויה במחלוקת השאלה אם בניהול מחקר גנטי וביוטכנולוגי מוסבת פגיעה בכבוד האדם המצדיקה שוב את התערבותה של הרשות בדרך של איסור פלילי.²⁶⁶ שאלה נוספת נוגעת לאותם מקרים שבהם הביטוי להגנה על כבוד האדם הוא איסור לפעול למרות הסכמתו ורצונו המפורשים של הפרט, אשר על כבוד האדם שלו הרשות מבקשת להגן. במקרה כזה ההגנה על כבוד האדם פוגעת בחופש האוטונומיה ובבחירה החופשית, ערכים הנובעים אף הם היישר מכבוד האדם. הדילמה העולה כאן היא זו שכבר הוזכרה לעיל והנוגעת לניגוד בין הגישות הפרשניות לכבוד האדם – הפרשנות המדגישה את האיסור להשפיל אדם ולהפכו לאובייקט והפרשנות המדגישה את יסוד האוטונומיה האישית והבחירה החופשית.

263 DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 218.

264 STARK, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 40, בעמ' 66.

265 על הביקורת אשר נמתחה על החלטתו זו של בית המשפט ראו לעיל ליד ה"ש 150-151.

266 ראו הדיון לעיל ליד ה"ש 167-177.

מקרה המייצג את הדילמה שצוינה לעיל הוא המקרה של איסור שמטרתו למנוע מהפרט להעמיד עצמו בסכנה של פגיעה גופנית או השפלה ברורה. הדוגמה הברורה לכך היא איסור עינויים או עבדות – גם כאשר אדם פוגע בעצמו פגיעה פיזית (מתוך בחירה) או מבקש למכור עצמו לעבד. כאן הרשות קובעת איסור אשר נועד להגן על האדם מפני החלטה שתפגע בכבוד האדם שלו.²⁶⁷

מקרה בעייתי יותר, אשר גם עורר ביקורת רבה, הוא המקרה שנדון בפסיקתו של בית המשפט המנהלי באשר לחוקתיות האיסור לקיים מופעי פיפ-שואו שכבר הוזכר לעיל.²⁶⁸ כאמור, לפי הביקורת על פסיקתו של בית המשפט, ההחלטה ממחישה את הסכנה שבהגנה על "ערך אובייקטיבי" של כבוד האדם: ההגנה על "תמונה ראויה" של כבוד האדם, כפי שהיא מצטיירת בעיניו של בית המשפט (להבדיל מזו המצטיירת בעיניו של הפרט, המסכים להתנהלות, כלומר לקיומה של "פגיעה") עשויה להביא בעצמה לפגיעה בחופש הבחירה של הפרט ובחירות האישית.

סוגיה רומה עלתה בספרות הגרמנית בשאלת כבוד האדם בהקשר של תכניות ה"ריאליטי", שבהן המשתתפים נמצאים בסביבה סגורה, מבודדים מן המתרחש מחוץ לאותה סביבה ונתונים למעקב של מצלמות ומיקרופונים בכל שעות היממה. נגד תכניות אלה נטען שהחדירה לתחום הפרטי של המשתתפים והמעקב הבלתי פוסק שבו הם נתונים, גם כאשר הדבר נעשה בהסכמתם, מהווה פגיעה בכבוד האדם.²⁶⁹ עוד נטען, אגב אזכור "נוסחת האובייקט", שהשימוש המסחרי אשר נעשה במשתתפים למטרות קידומה של תכנית טלוויזיה כמו גם ניצול המצבים של איבוד שליטה עצמית מצד המשתתפים בתכנית גם הם פוגעים בכבוד האדם.

267 Tobias Aabel, *DREIER, GG KOMMENTAR לעיל ה"ש 4, בעמ' 219*. ראו גם *Das Menschenwürde-Argument im Polizei- und Ordnungsrecht, DIE VERWALTUNG* 229, 243-244 (2004)

268 ראו לעיל ליד ה"ש 99-103.

269 ראו למשל *Schmitt Glaeser, Big Brother is Watching You – Menschenwürde bei RTL 2, ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSPOLITIK* 395, 397 (2000)

הבעייתיות שעלתה בדיון היא הסכמתם של המשתתפים להשתתף בתכנית מחד גיסא והחשש מפני מצבים אשר בלא הסכמה כאמור נחשבים בבירור לפגיעה בכבוד האדם מאידך גיסא. השאלה היא אפוא אם החשש מפני פגיעה בכבודו של אדם מחייב את הרשות למנוע מראש את ההתרחשות ולהגן על כבודו של האדם גם אם זה נתן מראש את הסכמתו לכל התפתחות, או שמא מדובר בפגיעה ברצון החופשי של הפרט.²⁷⁰

בשאלה זו כאמור חלוקות הדעות. יש הטוענים שהסכמתו של אדם אינה יכולה להצדיק פגיעה בכבודו. לפי טענה זו, פגיעה בכבוד האדם נבחנת במנותק משאלת הסכמתו של הפרט. מנגד, יש הטוענים שבהתעלמות מהסכמתו של הפרט בית המשפט "כופה" השקפת עולם מסוימת של כבוד האדם, מנקודת ראותו שלו. טענה זו מהגישה את היבט החשיבה האוטונומית הכלול בכבוד האדם ורואה את ההגנה שהערך החוקתי מציע כהגנה התלויה בהשקפת עולמו של בעל הזכות, כלומר הפרט עצמו שעליו מבקשים להגן.

המדגישים את ערך האוטונומיה של הפרט מסכימים לאמירה ש"אדם אינו יכול לוותר על כבודו", אולם מסבירים שלא כל התרחשות אשר בלא הסכמתו של הפרט הייתה פוגעת בכבוד האדם, תסב פגיעה כזו כאשר היא נעשית בהסכמתו. ערך האוטונומיה האישית הוא העומד במרכזו של כבוד האדם ולכן נתונה לפרט עצמו הזכות להחליט מהו כבוד האדם שלו.²⁷¹ טענה זו מעוררת קושי מסוים. כיוון שלא ברור כיצד יגדיר הפרט את כבוד האדם שלו, קבלתה עשויה להעצים את אי-הבהירות המלווה את הגדרתו של כבוד האדם ואת הגדרת הפגיעה בכבוד האדם.

מעניין לציין כי גם בקרב התומכים בהשקפה שקשה לראות בפעולה הנעשית בהסכמה פגיעה בכבוד האדם, יש המוצאים לה סייגים. במילים אחרות, לא תמיד ולא בכל מקרה פעולה הנעשית בהסכמתו של המשתתף בה תסווג כפעולה שאינה פוגעת בכבוד האדם. כך למשל, המלומד דרייר מציין מקרים קיצוניים, כגון עבדות, המהווים "שבירת טאבו", ושבהם הסכמה אינה יכולה

270 לניתוח הסוגיה ראו NADINE KLASS, RECHTLICHE GRENZEN DES REALITÄTSFERNSEHENS (2004), בעמ' 145 ואילך.
271 השוו שם, בעמ' 162-171.

למנוע פגיעה בכבוד האדם.²⁷² המלומד גרסדורף (Gersdorf) מציין שיחס אל האדם כאל חיה או כאל חפץ פוגע בכבוד האדם בלי קשר לשאלת קיומה או אי-קיומה של הסכמה.²⁷³

הדיון בחובתה של המדינה להגן על כבוד האדם מעורר שאלה נוספת הנוגעת להבחנה אפשרית בין כבוד האדם של הפרט במקרה המסוים ובין כבוד האדם כערך כללי, אובייקטיבי, כפי שעולה לעתים מפסיקת בתי המשפט. דוגמה ברורה לדיון בסוגיה היא פסיקתו של בית המשפט המנהלי (בערכאה ראשונה) במדינת ריינלנד-פאלץ (Rheinland-Pfalz) בגרמניה. באותו עניין היה מדובר בעתירה בעקבות סירוב לתת רישיון למופע שבמהלכו היה אחד מן הצופים אמור לזרוק למרחק אדם נמוך קומה, משל היה כלי במשחק ספורט.²⁷⁴ הרשות הרלוונטית סירבה לתת רישיון למופע בטענה שמדובר במופע המנוגד "לנהוג ולמקובל בחברה" (gute Sitten) על פי סעיף 33a לחוק רישוי עסקים. בבחנו את הסוגיה הסביר בית המשפט שפירושו של המונח "gute Sitten" מונחה על ידי עולם הערכים שבבסיס חוק היסוד, וכי מעשה המנוגד לערכים אלה מנוגד גם למקובל ולראוי בחברה. בית המשפט קבע עוד שהמופע הנדון, המציג אדם (לא כל שכן אדם קטן קומה) כחפץ הנזרק לשם שעשוע, פוגע בכבוד האדם, ולכן מנוגד למקובל וראוי. העובדה שהמשתתף במופע עושה זאת מבחירה ורצון חופשי ואינו רואה במופע פגיעה בכבוד האדם שלו אינה מעלה ואינה מורידה. עוד הוסיף בית המשפט שיחס כזה כלפי בני אדם מעורר סכנה לאבדן אמות המידה המוסריות שעל פיהן מחויב כל אדם לנהוג ברעהו.²⁷⁵ בית המשפט הציג

272 DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 220. לדעה דומה ראו גם Aubel, לעיל ה"ש 267, בעמ' 243-244.

273 KLASS, לעיל ה"ש 270, בעמ' 173.

274 ההחלטה המוכרת כ-"Zwergenweitwurf". ראו פסק הדין VG Neustadt, NVwZ 98 (1993).

275 ראו שם, בעמ' 100: "יחס כזה לבני אדם הוא משפיל וטומן בחובו סיכון משמעותי לפגיעה במוסר המקובל ביחסים בין בני אדם" ["Ein solcher Umgang mit Menschen ist herabwürdigend und trägt nicht zuletzt das beachtliche Risiko des Abbaus von Hemmschwelle im Umgang mit anderen Menschen in sich"]

בכך הנמקה הנוגעת לא רק לפגיעה בכבוד האדם של המשתתף במופע אלא גם לפגיעה בערך הכללי של כבוד האדם בחברה.

טיעון ההגנה על הערך הכללי של כבוד האדם, להבדיל מההגנה על בעל זכות ספציפי, עלה גם בפסיקה בעניין חוקתיותם של "משחקי מלחמה" שבהם משתמשים המשתתפים בנשק צעצוע הדומה במראהו לנשק של ממש כדי "להרוג" ו"לפצוע" משתתפים אחרים במשחק. במהלך משחק זה "יריות" מכלי הנשק של המשתתפים נקלטות על ידי חיישנים רגישים לקרני לייזר הנמצאות בפרטי לבוש שהמשתתפים לובשים.²⁷⁶ העתירה עסקה בטענה שהמשחקים מפרים את הסדר הציבורי ולכן אסורים. פרשנותו של המונח המשפטי "סדר ציבורי", בדומה לכל מונח משפטי, נעשתה על רקע ערכי היסוד של השיטה המשפטית ובייחוד על רקע הערכים החוקתיים של כבוד האדם, החיים והשלמות הגופנית.²⁷⁷ לכן כשנבחנת "הפרת הסדר הציבורי" נבחנת גם השאלה של פגיעה בכבוד האדם. בית המשפט המנהלי קבע שמשחקים כאלה עשויים לפגוע בכבוד האדם לא רק כאשר הם פוגעים בכבודו של אדם מסוים, פגיעה שאינה מתקיימת במקרה האמור, אלא גם כאשר המשחק מציג או מחזק השקפה המנוגדת לערך כבוד האדם. משחק שמטרתו דימוי של הרג בני אדם פוגע אפוא, לדעת בית המשפט, בהגנה החוקתית על כבוד האדם.²⁷⁸

ההגנה על כבוד האדם של "בני האדם" נועדה ככל הנראה לחזק את ההגנה על כבוד האדם. על פי הנמקתו של בית המשפט, ההגנה על כבוד האדם נתונה לכל אדם, במנותק ממצבו הגופני או השכלי, מעצם השתייכותו למשפחת האדם. לפיכך נשמעה הטענה שכוונתו של בית המשפט לא הייתה ליצור הגנה על "כבוד בני המין האנושי" במנותק מכבוד האדם של הפרט, אלא לנסות להעניק הגנה לכל אדם (כפרט) כאשר הוא אדם.²⁷⁹ הטענה שמופעי פיפ-שוואו, משחקי ירי או משחקי "ספורט" שבהם בני אדם משמשים כדור אנושי פוגעים בכבוד האדם אינה מתבססת על ההנחה שהמדינה צריכה להגן על האדם מפני עצמו, כלומר

276 פסק הדין בעניין *Laserdrome* (להלן: עניין משחקי הלייזר). לאחר דיון בכמה ערכאות הגיעה השאלה לדיון בבית המשפט המנהלי הפדרלי. ראו BVerwGE 115, (2001) 189.

277 ראו שם, בעמ' 198.

278 ראו עניין משחקי הלייזר, לעיל ה"ש 276, בעמ' 199-200.

279 Aubel, לעיל ה"ש 267, בעמ' 247.

מפני פגיעה עצמית בכבוד האדם שלו. ההגנה על כבוד האדם במקרים אלה היא הגנה מפני הפגיעה הנגרמת לכבוד האדם מן התפיסה הרעיונית המוצגת במופעים או במשחקים כאלה כפי שהיא נתפסת על ידי הצופה או המשתתף.²⁸⁰ הסכנה שבהרחבת מושג כבוד האדם ובפרשנותו כמגן לא רק על הפרט אלא על כבודם של כל בני האדם היא בהצבת "מודל" לכבוד האדם המנותק מן הפרט עצמו. בהצבת מודל כזה על בית המשפט להציג תמונה מופשטת של כבוד האדם; עליו להגדיר באופן כללי מהו אותו "כבוד" מופשט ומהי פגיעה בו. עוד יש להדגיש שרעיון כבוד האדם כערך מופשט (ולא כדבר מה השייך לפרט כסובייקט) זר לחוק היסוד ולזכויות החוקתיות המעוגנות בו, שהן זכויות הפרט. יתרה מזו, ביצירת אותו ערך מופשט של "כבוד בני האדם" טמונה סכנת כפייה של חשיבה מוסרית, של ערכים ושל אופן התנהגות הנראים לבית המשפט כ"הולמים את כבוד בני האדם". בכך שוב טמונה סכנת פגיעה בחופש הבחירה וההחלטה של הפרט עצמו, שהוא במהותו חלק מכבוד האדם.²⁸¹

השאלה הרחבה הנדונה כאן, אם כבוד האדם מגן תמיד רק על הפרט הנפגע או שהוא כולל גם הגנה על ערך אובייקטיבי של האדם כבעל כבוד, התעוררה כאמור בפסיקה הגרמנית בעניין משחקים או תכניות טלוויזיה שבהם הוצג האדם כאובייקט, הושפל או לחלופין הועמד במצב שבו היה עלול להיות מושפל. הדיון בשאלה אם נפגע כבוד האדם נסב על המתח שבין פרשנות אובייקטיבית לערך כבוד האדם, ובין פרשנותו הסובייקטיבית של הפרט שהסכים לפעולה העשויה להתפרש כפגיעה בכבודו.

שאלה פרשנית דומה נדונה באחרונה בפסיקה הישראלית בהקשר שונה לחלוטין: בחינת חוקתיות הקמתו של בית סוהר בניהול פרטי.²⁸² שלא כבדוגמאות שהוזכרו לעיל מן הפסיקה הגרמנית, הדיון בשאלת ההגנה שכבוד האדם מעניק לא נסב בעניין זה על שאלת הסכמתו של הסובייקט למעשה מחד גיסא ופרשנותו של המעשה כפגיעה בכבוד האדם מאידך גיסא, אלא נגע בסוגיה כללית יותר – פרשנותו של מעשה כפוגע בכבוד האדם לא משום פגיעה מסוימת בסובייקט מסוים אלא משום פרשנותו כפגיעה אובייקטיבית בערך כבוד האדם.

280 Kunig, *Dogma der Menschenwürde*, לעיל ה"ש 160, בעמ' 125.

281 Auel, לעיל ה"ש 267, בעמ' 248.

282 בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (טרם פורסם).

כחלק מבחינת השאלה הקונקרטית שעמדה לדיון בבית המשפט, קבעה הנשיאה ביניש שהקמתו של בית סוהר פרטי פוגעת בין היתר בכבוד האדם מעצם העברת הסמכויות לניהול בית הסוהר מידי המדינה, הפועלת בשם הציבור, לידיו של זכיין פרטי, הפועל למטרת רווח. הקביעה שכבוד האדם נפגע לא התבססה על פגיעה מסוימת באסיר מסוים, שכן בית הסוהר הפרטי טרם הוקם והעתירה יכלה לכל היותר להצביע על פוטנציאל לפגיעה כזו. וכך הסבירה הנשיאה בפסק הדין:

כליאתם של אסירים בבית סוהר בניהול פרטי מביאה למצב שבו התכליות הציבוריות המובהקות של המאסר מתערבבות ונמחלות בשיקולים שאינם ממין העניין, הנובעים ממטרה כלכלית פרטית – קרי רצונו של התאגיד הפרטי שמפעיל את בית הסוהר להשיא את רווחיו הכספיים. כתוצאה מכך יש חשש טבוע ומובנה כי ביצוע המאסר המבוסס על התכלית הכלכלית הפרטית הופך את האסירים, למעשה, בעצם כליאתם בבית סוהר בניהול פרטי, לאמצעי להפקת רווחים כספיים על ידי התאגיד שמנהל ומפעיל את בית הסוהר. ודוקו: עצם קיום המוסד של כלא הפועל למטרות רווח מבטא חוסר כבוד למעמדם של האסירים כבני אדם, ופגיעה זו בכבוד האדם של האסירים אינה תלויה במידת הפגיעה בזכויות אדם המתרחשת בפועל בין כתלי הכלא [...]

עוד יצוין, כי איננו רואים לקבל את טענת המדינה, לפיה הפגיעה הנובעת מעצם הפעלת המרות כלפי אסיר על ידי עובד חברה פרטית נעוצה בתחושתו הסובייקטיבית של הטוען, אולם אין מדובר בטענה משפטית במהותה. הפגיעה בכבוד האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי איננה פגיעה שמקורה בתחושותיהם הסובייקטיביות של אותם אסירים, אלא פגיעה אובייקטיבית בזכותם החוקתית לכבוד האדם.

היבט נוסף של הפגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם הנגרמת על ידי תיקון 28 טמון במשמעות החברתית והסמלית המיוחסת לכליאה בבית סוהר בניהול פרטי. על היבט זה של הזכות לכבוד האדם, המייחד אותה לעומת זכויות אדם אחרות, עמד המלומד פרופ' מאיר דן-כהן, שמביא השקפה כי קיומה של פגיעה בכבוד

האדם הנובעת ממעשה או ממוסד מסוים תלוי במשמעות הסמלית המיוחסת בחברה לאותו מעשה או מוסד. זאת, בין אם המקור של אותה משמעות סמלית הוא בתוכן הגלוי והמפורש שלה, ובין אם מקורה הוא במוסכמות חברתיות כאלה או אחרות בנוגע למעשה או למוסד האמורים; כל זאת, ללא תלות הכרחית בנתונים האמפיריים אודות אותו מעשה או מוסד (שייתכן כי הם המקור של המשמעות הסמלית), וללא קשר לכוונה הספציפית של מבצע המעשה, הנמנה עם אותו סוג מעשים, בנסיבות קונקרטיות.²⁸³

ההנמקה לעיל מזכירה את "נוסחת האובייקט" ורואה בעצם העברתם של אסירים לבית סוהר בניהול פרטי, שהוא מפעל כלכלי ביסודו, משום פגיעה בכבוד האדם של האסיר. היא גם מדגישה את ההשפעה של הקמת בית סוהר פרטי על עיצוב ערך כבוד האדם בתפיסה החברתית. הקמתו של בית סוהר פרטי פוגעת בכבוד האדם משום המסר הגלום בה, המבטא חוסר כבוד לאדם, בין שהוסבה פגיעה קונקרטית בין שלא.

אמנם יש לברך על תוצאת פסק הדין, אך ההנמקה הקושרת את עצם הקמתו של בית סוהר פרטי לפגיעה בכבוד האדם משום משמעותו החברתית והסמלית היא בעייתית. מלבד הסכנה אשר תוארה לעיל שבקשירת כבוד האדם לערך מופשט, העלולה להביא לידי כפיית ערכים מוסריים אובייקטיביים על ידי בית המשפט ולפגוע עקב כך בפרשנות כבוד האדם כזכות סובייקטיבית של הפרט, פסק הדין מוסיף על אי־הבהירות המלווה ממילא את תוכנו של כבוד האדם במשפט הישראלי.

שאלה כללית יותר העולה מהתבוננות במקרים אשר נדונו בפסיקה ובספרות המשפטית בגרמניה והוזכרו לעיל, מופעי הפיפ־שואו, תכניות הריאליטי, מופעי בידור או משחקים כאלה ואחרים, היא אם מתעוררת בהם שאלת כבוד האדם בכלל. האם הדיון בכבוד האדם בהקשר כזה הוא רלוונטי? בספרות המשפטית הגרמנית יש שטענו שאין מדובר בשאלות של כבוד האדם: לא כל פעולה הנוגדת את הטעם הטוב פוגעת כבר בשל כך בכבוד האדם.

283 שם, פסקאות 36-38.

המלומד דרייר הסביר ששאלת ההגנה על כבוד האדם עולה רק כאשר מדובר בסוגיות עקרוניות. כאשר מדובר בפעולות הנעשות בהסכמה ומבחירה חופשית, על הרשות להתערב בשם ההגנה על כבוד האדם רק כאשר מדובר במקרים של שבירה מוחלטת של המוסכמות. עוד טען דרייר שפעמים רבות השאלה הרלוונטית אינה שאלת ההגנה על כבוד האדם אלא שאלת מימושה של הזכות לאוטונומיה אישית (allgemeine Persönlichkeitsrecht).²⁸⁴

כך למשל, בסוגיית ביצוע ניסויים בבני אדם לשם בחינתן של תרופות או טיפולים רפואיים חדשים. מדובר למעשה בסוגיה הנוגעת לשאלת הבחירה החופשית. לכן שאלת חוקיותם של ניסויים כאמור תלויה בראש ובראשונה בשאלת ההסכמה החופשית. כל עוד המשתתפים מוגנים מפני ניצול, והתנאים המאפשרים בחירה חופשית אמתית של המשתתפים נשמרים, אין לראות ניסויים כאלה כפוגעים בכבוד האדם רק משום היות המשתתפים בניסוי אמצעי להשגתה של מטרה. זאת ועוד, שאלת חופש הבחירה היא שאלה שמרכזה אינו ההגנה על כבוד האדם אלא ההגנה על הזכות לאוטונומיה אישית. דוגמה נוספת לסוגיה אשר על פי גישה זו אינה נוגעת לכבוד האדם היא הצהרתו של חולה על נכונותו לקבל או לדחות טיפול רפואי מסוים. דרייר סבור שמדובר בסוגיה הנוגעת לשאלת מימוש הזכות לבחירה חופשית, אשר צריכה להידון על פי הזכות לאוטונומיה אישית ולא בדיון בהגנה על כבוד האדם.²⁸⁵

גם את שאלת הסיוע להתאבדות ("המתת חסד") – אשר כבר נדונה לעיל – מוציא דרייר אל מחוץ לדיון המשפטי החוקתי. לגישתו, הסוגיה מעלה בעיות מוסריות רבות ובהן ההבחנה בין סיוע להתאבדות לבין המתה; ההבחנה בין סיוע פסיבי (הימנעות ממתן טיפול מציל חיים) לבין סיוע אקטיבי להתאבדות; סוגיית הרצון החופשי לעומת החלטה לגרום מוות עצמי אשר התקבלה בעקבות לחצים חיצוניים כלשהם. לגישתו של דרייר שאלות מוסריות כבדות משקל אלה אינן יכולות להיפתר על ידי דיון חוקתי בשאלת כבוד האדם.²⁸⁶ לכן לגישתו בחירה של אדם לסיים את חייו מתוך רצון חופשי אינה פוגעת בכבוד האדם. בדומה, הדעת המקובלת בספרות הגרמנית היא שיש להכיר בבחירתו של חולה,

284 ראו DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 220-221.

285 שם, בעמ' 222.

286 שם.

שהוצהרה מראש וברעה צלולה, שהוא אינו מעוניין להמשיך את חייו באמצעים מלאכותיים, ולמלאה.²⁸⁷

7.2.1. הגשמת מינימום של קיום בכבוד

סוגיה נוספת הנוגעת לחובת המדינה להגן על כבוד האדם היא החובה לאפשר מינימום של קיום בכבוד. משמעותה של חובת המדינה בהקשר זה היא בראש ובראשונה להעניק עזרה סוציאלית מספקת.²⁸⁸

הקשר בין חובה זו לבין כבוד האדם כבר הותווה בפסק דינו של בית המשפט המנהלי הגרמני משנת 1954,²⁸⁹ שקבע כי האזרח זכאי לדרוש מן הרשות להעניק לו תמיכה סוציאלית. החלטתו זו נתמכה בין היתר בפרשנות עיגונו החוקתי של כבוד האדם כמחייב את המדינה לנהוג בפרט כסובייקט ולהבטיח את קיומו.²⁹⁰ פסק הדין מסמל את המעבר מן התפיסה שרווחה במאה התשע עשרה וראתה בסיוע הסוציאלית הניתן על ידי המדינה אמצעי לשמירה על הסדר הציבורי, אל התפיסה הרואה את חובת המדינה כלפי הפרט עצמו, והנובעת מחובת השמירה על כבוד האדם שלו. הספרות המשפטית ראתה את הנמקתו של בית המשפט כנובעת מ"נוסחת האובייקט" לפרשנותו של כבוד האדם – תמיכת המדינה

287 ראו שם. הפסיקה הכירה אף היא בכך שהחלטתו החופשית של אדם במקרה כזה נובעת מכבוד האדם. ראו BGH NJW 1588 (2003). באותו עניין דובר בעתירה שהוגשה על ידי בנו של חולה במחלה סופנית להפסיק את הזנה המלאכותית של אביו, שבה היה תלוי המשך חייו. העתירה התבססה על הצהרתו של החולה, אשר ניתנה מראש, שבה ביקש שלא להאריך את חייו באמצעות הזנה מלאכותית, הנשמה מלאכותית, עירוי דם או השתלת איברים אם יידרדר מצבו עד לאיבוד הכרה בלתי הפיך. בשלב שבו דן בית המשפט בהחלטה היה החולה מאושפז כשהוא מחוסר הכרה לאחר שנגרם לו נזק מוחי בלתי הפיך. במתן אישורו לבקשתו של הבן על סמך הצהרתו בכתב החתומה של החולה ציין בית המשפט שכבוד האדם של החולה מחייב לכבד את החלטתו הרצונית, גם כאשר כוחו לקבל החלטה כזו אבד לו מאוחר יותר. ראו שם, בעמ' 1591.

288 Dreier, GG Kommentar, לעיל ה"ש 4, בעמ' 223.

289 BVerwGE 1, 159 (1954)

290 שם, בעמ' 161.

בפרט אינה הופכת אותו לאמצעי לשמירה על הסדר הציבורי, אלא מעמידה את הפרט ואת צרכיו הסובייקטיביים במרכז.

פרשנות חובתה של המדינה לתת תמיכה סוציאלית כנובעת מערך כבוד האדם מוצאת כיום ביטוי בספר החוקים הגרמני: סעיף 1 לספר הראשון לחוק הביטוח הסוציאלי (Sozialgesetzbuch) קובע שמטרתו של החוק להביא לידי הגשמת צדק חברתי וביטחון סוציאלי וכי על החוק לתרום להבטחת קיום בכבוד; סעיף 9 לחוק קובע שאדם שאינו מסוגל לדאוג בעצמו לצרכיו האישיים, זכאי לתמיכה אישית וכלכלית אשר תבטיח ניהול חיים השומרים על כבוד האדם.²⁹¹ בפסיקה מאוחרת יותר של בית המשפט המנהלי (מאמצע שנות השבעים ואילך) הרחיב בית המשפט את המקורות לחובת המדינה להבטיח את מילוי הדרישות המינימליות לקיום בכבוד של הפרט. בית המשפט הסתמך על סעיף 1(1) לחוק היסוד – המעגן את החובה להגן על כבוד האדם – בשילוב סעיף 20 לחוק היסוד הקובע את העיקרון שהרפובליקה הגרמנית היא מדינה סוציאלית.

291 סעיף 1(1) לספר הראשון של חוק הביטוח הסוציאלי (SGB I) קובע כדלקמן: "הוראות חוק הביטוח הסוציאלי יכוונו להגשמתם של צדק חברתי, ביטחון סוציאלי וסיוע סוציאלי ובכלל זה עזרה בתחום החברתי ובתחום החינוך. החוק יתרום להבטחתו של קיום אנושי בכבוד [Das Recht des Sozialgesetzbuchs soll zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit Sozialleistungen einschließlich sozialer und erzieherischer Hilfen gestalten. Es soll dazu beitragen, ein menschenwürdiges Dasein zu sichern]."

סעיף 9(1) לחוק קובע כדלקמן: "מי שאין לו היכולת לכלכל עצמו או להתמודד עם נסיבות החיים תוך סיוע עצמי ואינו מקבל את העזרה הנחוצה ממקורות אחרים, נתונה לו זכות לעזרה אישית וכלכלית, המתאימה לצרכיו המיוחדים, שתכשירו לתת סיוע עצמי, שתאפשר לו שיתוף בחיי הקהילה ותבטיח לו חיים אנושיים בכבוד" [Wer nicht in der Lage ist, aus eigenen Kräften seinen Lebensunterhalt] zu bestreiten oder in besonderen Lebenslagen sich selbst zu helfen, und auch von anderer Seite keine ausreichende Hilfe erhält, hat ein Recht auf persönliche und wirtschaftliche Hilfe, die seinem besonderen Bedarf entspricht, ihn zur Selbsthilfe befähigt, die Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft ermöglicht und die Führung eines menschenwürdigen [Lebens sichert]."

החובה להבטיח קיום בכבוד נתפרשה אפוא כחובתה של המדינה הסוציאלית, והרף שלהבטחתו היא מחויבת נובע מערך כבוד האדם.²⁹² רף זה מוסיף ומדגיש את המרכיב האישי שבו מחויבת המדינה כלפי כל פרט ופרט, מלבד חובתה הכללית לסייע, הנובעת כאמור מעקרון היותה מדינה סוציאלית. שכן העיקרון הקובע שהמדינה היא מדינה סוציאלית עדיין אינו מבסס את זכותו האישית של הפרט, והחובה כלפי הפרט עצמו נובעת אפוא מערך כבוד האדם.

השאלה המרכזית בעניין זה הייתה ונותרה הקביעה מה הם אותם "חיים בכבוד", ומהו אפוא טיב חובתה של המדינה להבטיח "חיים בכבוד". הפרשנות אשר ניתנה בספרות המשפטית לחובה זו של המדינה מבהירה כי על המדינה להבטיח תנאים המאפשרים חיים בכבוד ועליה לאפשר לפרט לבנות חיים אלה בעצמו (להבדיל מיצירתם בעצמה).²⁹³

בבחלטה מנחה של בית המשפט המנהלי בשאלה מהו מינימום של קיום בכבוד קבע בית המשפט שהחובה להעניק (באמצעות סיוע סוציאלי) מינימום של קיום בכבוד אינה מצטמצמת לחובה לדאוג לסיפוק צורך פיזיולוגי מינימלי בלבד.²⁹⁴ כאשר בוחנים את העזרה הסוציאלית הנדרשת לחיים בכבוד ולקיום צו ההגנה על כבוד האדם יש לשקול את מצבו האינדיווידואלי של מקבל העזרה כמו גם את המצב המקובל בחברה, התלוי זמן ומקום.²⁹⁵ העזרה הסוציאלית לא נועדה לספק "הישרדות" בלבד. היא נועדה להציב את מקבל העזרה במצב שבו יוכל, בהשוואה לאדם שאינו נתמך, ליהנות מיכולת השתלבות שווה בחברה.²⁹⁶ לפי גישתו זו של בית המשפט, חובת המדינה לסייע לקיומה של "צורת חיים מקובלת" היא עמומה ולכן בעייתית. עיון בפסיקתו של בית המשפט המנהלי

292 ראו Neumann, לעיל ה"ש 262, בעמ' 427.

293 ראו שם, בעמ' 428.

294 BVerwGE 35, 178 (1970), בעמ' 180. באותו עניין דובר בעתירה להעלאת הסכום אשר ניתן לעותר כחלק מהסיוע הסוציאלי לכיסוי הוצאות חימום הבית. העותר טען שהסכום אשר ניתן לו נמוך משמעותית מזה הנדרש לחימום.

295 Peter Trenk-Hinterberger, *Würde des Menschen und Sozialhilfe*, ZEITSCHRIFT FÜR SOZIALHILFE 46, 50 (1980)

296 ראו פסיקתו של בית המשפט המנהלי, BVerwGE 80, 349 (1988) (להלן: עניין מימון מכשיר טלוויזיה), בעמ' 352-353. ראו עוד Neumann, לעיל ה"ש 262, בעמ' 428.

אינו מספק תשובה ברורה יותר, ונראה שההגדרה מה הם חיים בכבוד נקבעת על פי אמות המידה האלה: מצבו הפרטני של האדם שבנדון – אמת מידה המדגישה את היחס אל הפרט כאל סובייקט; וצורת החיים המקובלת בסביבתו. המונח "חיים בכבוד" מפורש באופן פרטני בכל מקרה ומקרה על פי אמות המידה הללו. דוגמה לקביעת צורת החיים המקובלת היא פסק דינו של בית המשפט המנהלי אשר עסק בעתירתה של פלונית, הנתמכת על ידי העזרה הסוציאלית, למימון מכשיר טלוויזיה בשחור-לבן.²⁹⁷ העותרת, אם המגדלת לכדה שלושה ילדים, טענה שבשל הטיפול בילדיה היא נדרשת פעמים רבות להישאר בביתה והיות שאין ברשותה מכשיר טלוויזיה או רדיו, היא נזקקת לסיוע חד-פעמי לשם רכישת מכשיר כאמור (סיוע כזה ניתן בדרך כלל לנכים קשים או חולים המרותקים לביתם). בית המשפט דן בשאלה אם מכשיר טלוויזיה נחוץ לשם קיומם של חיים בכבוד. תחילה בחן בית המשפט את מצבה של המבקשת וקבע שהואיל והיא אינה מרותקת לביתה עקב נכות או מחלה, אין סיבה מיוחדת לסייע לה ברכישת מכשיר טלוויזיה. בית המשפט סמך את החלטתו גם על החלטה קודמת בנושא, אשר קבעה שמכשיר טלוויזיה הוא אמנם נפוץ ביותר במשקי בית, אך אין מדובר במכשיר חיוני שבלעדיו אי-אפשר לקיים חיים בחברה (בית המשפט הסביר במקרה המדובר שקיומם של אמצעי תקשורת אחרים כגון עיתונות ורדיו – אשר לשם רכישתם הוצע לעותרת סיוע כספי – כמו גם יכולת השימוש בספרייה ציבורית, מאפשרים את קיומם של חיים בכבוד בהיבט החברתי).

קו מנחה בפסיקתו של בית המשפט היה פרשנות המדגישה את מצבו הפרטני של היחיד והבטחת הגשמתו של קיום בכבוד בעבורו, בהתחשב במצבו. גישה זו באה לידי ביטוי בפסק דין שניתן באחרונה על ידי בית המשפט החוקתי הגרמני ועסק בשאלה אם באמצעות הסיוע הסוציאלי הכספי הקבוע בחוק הרשות מקיימת את חובתה להבטיח מינימום של קיום בכבוד.

הרקע לעתירה היה רפורמה מקיפה בחוק הסוציאלי הגרמני כחלק מיישום מסקנות ועדה שהוקמה לצורך העניין וקיבלה את הכינוי "ועדת הרץ", על שם פטר הרץ (Hartz) שעמד בראשה. בין המלצות הוועדה, אשר יושמו בחוק, נכלל

297 ראו עניין מימון מכשיר טלוויזיה, שם.

שינוי בקצבת התמיכה הסוציאלית הניתנת לבעלי יכולת השתכרות.²⁹⁸ בכמה עתירות אשר נדונו במשותף עתרו בני משפחה של שלוש נפשות, המתקיימים מקצבת תמיכה סוציאלית, וילדיהם הקטינים של משפחות המתקיימות מתמיכה סוציאלית, בעניין שיעור הקצבה הניתנת, בטענה שהוא אינו מספיק להבטחת קיום מינמלי.²⁹⁹ ההסדר הקבוע בחוק, ואשר נגדו כונו העתירות, קובע קצבה בשיעור של 345 אירו לבודד, קצבה בשיעור של 90 אחוזים מהסכום (311 אירו) לבן הזוג, קצבה בשיעור של 60 אחוזים מהסכום (207 אירו) לילד עד גיל 14 וקצבה בשיעור של 80 אחוזים מהסכום (276 אירו) לילד מגיל 15 ומעלה. בהשוואה להסדר אשר קדם לרפורמה בחוק, הקצבה הנוכחית מאופיינת בקביעות (היא אינה תלויה במשתנים אינדיווידואליים של מקבל הקצבה), והיא אינה ניתנת להעלאה, למעט באמצעות מענק חד-פעמי במקרים של צורך דחוף. כך למשל, לפי ההסדר הקודם היה אפשר לקבל מענק לתיקון מכונת כביסה שהתקלקלה, ואילו ההסדר הקיים מאפשר קבלת הלוואה בלבד. סכום הקצבה שבחוק נקבע בהתבסס על שקלול נתונים סטטיסטיים לעניין הכנסה וצריכה (ביגוד, הנעלה, דיור, תחבורה ותרבות פנאי) של יחיד השייך לשני העשירונים התחתונים של מקבלי השכר. שקלול כאמור נעשה אחת לחמש שנים.

בית המשפט חזר תחילה על ההלכה הפסוקה שהזכות לקיום בכבוד נובעת מסעיף 1(1) לחוק היסוד, המעגן את כבוד האדם, בשילוב סעיף 20(1) לחוק זה המעגן את עקרון המדינה הסוציאלית ומבטיח לכל נזקק קצבת קיום כמו גם יכולת להשתתף בחיים החברתיים, התרבותיים והפוליטיים. הוא קבע שהזכות לקיום בכבוד טעונה המחשה, כמו גם עדכון מתמיד בחוק, כדי להתאים את התמיכה הניתנת לנזקקים לרמת החיים המקובלת. במימוש חובתו זו מסור למחוקק שיקול דעת, שכן חוק היסוד אינו "מכמת" את הזכות לקיום בכבוד.

298 ראוי לציין שרפורמה זו, המכונה "הרץ 4" ואשר נכנסה לתוקפה בשנת 2005, הייתה ועודנה שנויה במחלוקת, והיא עוררה מחאה בקרב חוגים רבים.

299 ראו החלטת בית המשפט החוקתי מיום 9.2.2010: www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bvl000109.html (אתרי האינטרנט במאמר זה אוחרו לאחרונה בדצמבר 2010).
לתקציר פסק הדין באנגלית ראו:

www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg10-005en.html

כדי לממש כראוי את חובתו, וכדי לאפשר ביקורת שיפוטית, המחוקק נדרש לקבוע את שיעור התמיכה הסוציאלית בהתבסס על נתונים מהימנים ודרך חישוב ברורה. בית המשפט הדגיש שהמחוקק צריך להציג את הבסיס לחישוב התמיכה הסוציאלית בשקיפות מוחלטת ובאופן מובן ובהיר. חישוב שיעשה באופן לא ברור או על בסיס שאינו מהימן אינו עומד בדרישות חוק היסוד להבטחת מינימום של קיום בכבוד כבר מטעם זה בלבד.

בבדיקת חוקתיותו של ההסדר החוקי הקיים בחן בית המשפט תחילה את הנתונים הסטטיסטיים אשר שימשו בסיס לקביעת שיעור התמיכה הסוציאלית וקבע כי אלה, כמו גם החישוב שהתבסס על הנתונים הללו, ממלאים את הדרישה של חוק היסוד. למרות זאת קבע בית המשפט שההסדר מפר את החובה החוקתית להגשים מינימום של חיים בכבוד, כיוון ששיעור הקצבה הקבוע בחוק נמוך מהשיעור המתקבל על בסיס חישוב הנתונים הסטטיסטיים. כך למשל הופחתו מהחישוב הוצאות צריכה של פריטים מסוימים שנחשבו כחורגים מהמקובל (פרוות, ביגוד בתפירה אישית); הוצאות אחרות קוצצו בלי שניתן הסבר לשיעור הקיצוץ והוצאות נוספות (כגון הוצאות חינוך) לא נכללו בחישוב. מסיבות אלה קבע בית המשפט שהקצבה הקבועה ליחיד בסך 345 אירו אינה עומדת בדרישה החוקתית לאפשר קיום של חיים בכבוד.

עוד קבע בית המשפט שהקצבה שהוקצתה לבן הזוג, והתלויה בקצבה העיקרית, אף היא אינה עומדת בדרישות חוק היסוד, שכן החישוב שלקיום שני בני זוג נדרשת קצבה בשיעור של 190 אחוזים אינו מבוסס על נתונים אמפיריים כלשהם. מסיבות אלה קבע בית המשפט שגם שיעור הקצבה לילד מגיל 15 אינו עומדת בדרישה לאפשר מינימום של קיום בכבוד.

ביקורת נוספת הפנה בית המשפט כלפי שיעור הקצבה שנקבעה לילדים. נקבע שקצבה זו אינה עומדת בדרישת חוק היסוד משום ששיעורה נקבע באחוזים מהקצבה הקבועה למבוגר. לקביעה שעד גיל 14 ילד נזקק ל-60 אחוזים מהסכום המוענק למבוגר לא נמצאה כל אחיזה עובדתית. חישוב זה התעלם מצרכיו המיוחדים של הילד, המחייבים, למשל, הוצאות רכישת ספרי לימוד, מחברות וציוד לימודי אחר, ואשר נחוצים כדי לאפשר לו לחיות בכבוד בהווה ובעתיד. הסכום האחיד בחוק של הקצבה הניתנת לילדים בטווח הגילים שבין 0

ל-14 מעיד כי הסכום אינו תוצאה של חישוב ההוצאות הנדרשות לילד, אלא הוא פרי קביעה שרירותית שאינה עומדת בדרישה החוקתית.

עוד פסק בית המשפט שההסדר החוקי של מתן קצבאות לוקה בחסר, שכן הוא מתיר רק מענק חד-פעמי במקרה של צורך. הסדר המגשים קיום בכבוד נדרש להכיל אפשרות לשינוי שיעור הקצבה עקב צרכים מיוחדים. חישוב הקצבה מתבסס על הצרכים הנדרשים בממוצע, אולם לא כל המקרים שבהם נדרש מתן קצבה דומים לאותו ממוצע. על ההסדר להחיל כללים אשר יאפשרו להקצות תמיכה נוספת במקרים שבהם צרכים מיוחדים יצדיקו אותה לשם השגת המטרה של קיום בכבוד.

פסק הדין דרש מהמחוקק הסדרה קונקרטיית של המושג "חיים בכבוד".³⁰⁰ חובת הרשות להבטיח מינימום של חיים בכבוד, כפי שהיא עולה מפסק הדין, היא החובה לבחון על בסיס נתונים אמפיריים מהו אותו "מינימום של חיים בכבוד", כמו גם החובה לדאוג שכל פרט הנזקק לתמיכה אכן יוכל לחיות לפי אותו המינימום בעזרתה. עוד נדרש שההסדר שבחוק יביא לידי ביטוי התחשבות בנתוניו ובמצבו האינדיווידואליים של כל אדם.

פרשנות יפה לחובתה של המדינה לאפשר לפרט לחיות חיים בכבוד מציע המלומד נוימן (Neumann). לגישתו, חובתה של המדינה אינה ניתנת לכימות: אין מדובר בשאלה של "כמה" או "איך". על פי הפרשנות שהוא מציע, בקביעתו של בית המשפט שכבוד האדם אינו מתמצה בסיפוק צרכים פיזיולוגיים-הישרדותיים בסיסיים הסביר בית המשפט שחובתה של המדינה אינה רק חובה למימוש של "קיום", שכן קיום בסיסי מאופיין בהיעדר חופש בחירה ובלחימה יום-יומית להישרדות. חיים אלה אינם חיים לאור ערך כבוד האדם. ההגנה על כבוד האדם מחייבת אפוא תמיכה בחיים בכבוד, כלומר תמיכה בקיומו של חופש בחירה.³⁰¹

300 ברמה המעשית הותיר בית המשפט את ההסדר הקיים בתוקפו ונתן למדינה ארכה של 11 חודשים, עד חודש ינואר 2011, לשם חקיקתו של הסדר חדש אשר ישלים את החסר בחוק.

301 Neumann, לעיל ה"ש 262, בעמ' 430.

8. התפתחויות במושג כבוד האדם

ערך כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני גובש בראש ובראשונה על פי לקחי העבר ומתוך רצון לתת הגנה מוחלטת לאדם באשר הוא אדם מפני השפלה ומפני איבוד צלם אנוש. הוא נועד להגן על האדם במובן המקובל ביותר של המילה, היינו על האדם הנולד, החי, מפני פגיעה קשה בעקרון השוויון בין בני האדם, מפני גירוש ומפני התעמרות שלטונית ומפני פגיעה בזהותו הפיזית או הנפשית. ההתפתחות בפרשנותו של ערך כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני כפי שתוארה בחיבור זה מגלה שתי מגמות מרכזיות: (1) ניכרת מגמת ההרחבה של ערך כבוד האדם, ניתוקו מגרעין התפתחותו הרעיונית והחלתו על קשת רחבה יותר ויותר של מקרים; (2) בד בבד ניכר הניסיון למצוא בכבוד האדם, כערך אידאולוגי מנחה, תשובה לכל שאלה סבוכה הדורשת דיון מוסרי ואתי.³⁰²

מדובר למעשה בשתי מגמות מנוגדות – לעתים כבוד האדם משמש בסוגיות "קטנות" למידותיו, אשר לשם פתרוןן אין נדרשת פנייה לערך בעל מעמד מוחלט ככבוד האדם; ולעתים הוא משמש בסוגיות "גדולות" למידותיו, שאינן יכולות למצוא בערך כבוד האדם ובו בלבד פתרון לבעיה.

יותר ויותר נשמעת הטענה שערך כבוד האדם חשוף לסכנה להיחפך לבנלי. כבר דוריג, אבי "נוסחת האובייקט", הזהיר מפני פריטתו של כבוד האדם למטבעות חסרות ערך.³⁰³ גם דרייר טוען שערך כבוד האדם עלול להיחפך לבנלי. הוא מסביר שטענתם של עותרים על פגיעה בכבוד האדם נשמעת לעתים תכופות מדי, גם כאשר מדובר בטענה שאינה ראויה להישמע על יסוד ערך כבוד האדם

302 DREIER, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 164.

303 Günter Dürig, *Zur Bedeutung und Tragweite des Art. 79 Abs. 3 des Grundgesetzes (ein Plädoyer)*, in FESTGABE FÜR THEODOR MAUNZ 41, 43, 51 (1971)

ואינה דורשת לשם ביסוסה פנייה לערך החוקתי הגבוה ביותר. כבוד האדם נקשר כך לטענות מחיי היום-יום המשפטיים האפרוריים.³⁰⁴ כך למשל דן בית המשפט המנהלי בשאלה אם חובת נהג משאית לרשום את כל נסיעותיו ברכב פוגעת בכבוד האדם.³⁰⁵ כן נדרש בית המשפט המנהלי לשאלה אם הוראה המחייבת עמידה במבחנים פסיכולוגיים לשם קבלת רישיון נהיגה ברכב פוגעת בכבוד האדם, לאחר שנפסק שבדיקת פוליגרף מהווה פגיעה כזו.³⁰⁶ עותר, עורך דין במקצועו, טען לפני בית המשפט החוקתי שהחובה להופיע לפני בית המשפט במדי עורך דין פוגעת ביכולת הבחירה החופשית ומכאן – בכבוד האדם.³⁰⁷ שלוש ערכאות דנו בשאלה אם איות שמו של עותר בתכנה משרדית אוטומטית באותיות oe במקום באות ö מן האלף-בית הגרמני מהווה פגיעה בכבודו.³⁰⁸ טענה נוספת בדבר פגיעה בכבוד האדם הועלתה לפני בית המשפט המנהלי ונסבה על הפנייה בגוף שני (תחת הפנייה המנומסת הרגילה) בין המשתתפים בקורס השכלה למבוגרים כמוסד ציבורי.³⁰⁹ ככל המקרים הללו נדחתה הטענה שנפגע כבוד האדם.

השימוש המופרז במושג כבוד האדם באותן "טענות קטנות" גורע ממעמדו של ערך כבוד האדם והופך אותו למושג משפטי יום-יומי, "רגיל". שימוש יתר זה מביא, כדרכה של כל אינפלציה, לירידה בערכו של כבוד האדם ובמעמדו המיוחד.³¹⁰

הפנייה המוגברת לערך כבוד האדם, גם שלא לצורך, אינה רק של הפונים לבית המשפט אלא נעשית גם מצד בתי המשפט עצמם. כך למשל, בפסיקה אשר הוזכרה כאן בעניין חוקתיותם של "משחקי מלחמה" או בדיקה במכשיר הפוליגרף.

- 304 ראו Dreier, *Menschenwürde in der Rechtsprechung*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 208 ואילך.
- 305 BVerwGE 18, 107 (1964), בעמ' 109.
- 306 BVerwGE 17, 342 (1970), בעמ' 346.
- 307 BVerfGE 26, 14 (1969).
- 308 VG Frankfurt DVBl 383 (1966); HessVGH DÖV 358 (1968); BVerwGE 31, 236 (1969), 237.
- 309 BVerwG NJW 2575 (1990).
- 310 Dreier, GG KOMMENTAR, לעיל ה"ש 4, בעמ' 165.

כך גם בפסיקתו של בית המשפט בערכאה נמוכה שעל פיה הכללים ל"מכירתם" של שחקני כדורגל מקבוצה אחת לאחרת עשויים לפגוע בכבוד האדם.³¹¹ נראה שבפסיקה זו ובנושאים אלה הפנייה לערך כבוד האדם היא מוגזמת, והניתוח המפורט של סוגיית הפגיעה בכבוד האדם נראה לעתים אף מגוחך.

דוגמה נוספת לשימוש מוגזם בערך כבוד האדם יש בפסיקתו של בית המשפט החוקתי בשאלת פגיעתם של פרסומי חברת האופנה "בנטון" בכבוד האדם.³¹² בפסיקה זו ביקר בית המשפט החוקתי עצמו את הפנייה לערך כבוד האדם על ידי הערכאות הנמוכות יותר. באותו עניין דובר בשלטי חוצות של החברה אשר הציגו תמונה של קבוצת בני אדם עירומים בצירוף הכיתוב "נשאי איידס" ("H.I.V. POSITIVE"). בשולי התמונה הופיעו המילים: United Colors of Benetton. כנגד אותם שלטי חוצות עתר לבית המשפט "הארגון למניעת תחרות בלתי הוגנת". בית המשפט בערכאה השנייה (BGH) קיבל את העתירה וקבע שהפרסום המשתמש בסבל אנושי וברחמים לשם עידוד מכירות נוגד את כללי התחרות ההוגנת. כן קבע בית המשפט שהפרסום פוגע בכבוד האדם של חולי איידס ומטיל עליהם סטיגמה שלילית.

החברה המפרסמת עתרה נגד החלטתו של בית המשפט בטענה שנפגעה זכותה לחופש ביטוי. בית המשפט החוקתי קיבל את הטענה וביטל את החלטת הערכאה השנייה. בהחלטתו ביקר בית המשפט החוקתי את הטענה שהפרסומת פוגעת בכבוד האדם והסכיר **שערך כבוד האדם אינו רלוונטי כלל לסוגיה שבנדרון, שכן השאלה הרלוונטית היא של האיזון שבין חופש הביטוי ובין ההגנה על תחרות הוגנת.**³¹³

התפתחות נוספת בפסיקה ובספרות הנוגעת לכבוד האדם היא, כפי שצוין לעיל, הנטייה לפנות לערך כבוד האדם כדי למצוא פתרון לשאלות מוסריות

311 ראו את פסק דינו של בית המשפט המחוזי בברלין (LAG Berlin), שפורסם בכתב העת: NJW 2582 (1979). יש לציין שבית המשפט קבע שם כאמור שהכללים עשויים לפגוע בכבוד האדם, אך לא הוסיף ונימק קביעתו זו. חלקו העיקרי של פסק הדין עסק בפגיעתם של הכללים למכירת שחקני כדורגל בחופש העיסוק הקבוע בסעיף 12 לחוק היסוד.

312 עניין בנטון, לעיל ה"ש 10.

313 שם, בעמ' 626.

ואתיות המתעוררות בעקבות ההתפתחות הטכנולוגית המודרנית. בהקשר זה נדון פעמים רבות כבוד האדם לא כזכות או כערך המגנים על הפרט, האינדיווידואל, במצב מסוים ומפני פגיעה ספציפית, אלא כערך חברתי להערכת התפתחויות טכנולוגיות העשויות לעורר שאלות של מוסר ואתיקה.

התפתחות זו מסכנת אף היא את ההגנה הניתנת לכבוד האדם של הפרט, שכן דיון זה מבקש פעמים רבות להגן לא על כבוד האדם של פרט מסוים, אלא על ערך הכבוד האנושי – בין של החיים בשלב הטרום-עוברי ובין בני האנוש כקבוצה. הגנה על פן זה של כבוד האדם ובהתחשב במוחלטותה של ההגנה, הדוחה כל פגיעה בה, עלולה להביא לידי פגיעה בזכויות האישיות של הפרט. כאשר ערך כבוד האדם נקשר לסוגיה כלשהי, אי-אפשר עוד לאזן בין ערך זה ובין ערכים או זכויות אחרים הכרוכים אף הם בסוגיה. בהקשר זה אפשר להזכיר שוב את הסיכון שתיפגע זכותו לחיים ולבריאות של האדם בשל איסור לבצע מחקר ביולוגי וגנטי בשם ההגנה על כבוד האדם.

9. הערות לסיכום

השאלה שביקשתי לבחון בחיבור זה היא מה אפשר ללמוד מהפסיקה ומהספרות המשפטית בגרמניה העוסקות בכבוד האדם על תוכנו של המושג, אופיו החוקתי ופרשנותו.

הסעיף האחרון, אשר תיאר את ההתפתחות המשפטית העכשווית בגרמניה, מדגיש את החשיבות שבהגדרת תוכנו של המושג כבוד האדם, שהוא בעל חשיבות עליונה גם בתפיסה החוקתית הישראלית.

כידוע, במשפט הישראלי כבוד האדם משמש "זכות מנחה" שלאורה הוכרו זכויות חוקתיות בסיסיות. הואיל וכבוד האדם הוא בגדר "זכות סל", העשויה להתפרש בהרחבה ולהכיל זכויות בסיס אחרות אך גם להתפרש בצמצום רב, נחוצה מאוד פרשנות ברורה של המושג וקביעת תחום ההגנה שהוא מעניק. הסכנה שערך כבוד האדם יאבד את מעמדו כערך חוקתי מרכזי, שנדונה בכתיבה הגרמנית, תקפה אפוא גם כשמדובר במשפט הישראלי, שבו כבוד האדם הוא אחת מזכויות היסוד המעטות אשר זכו למעמד חוקתי בדרך של חקיקה מפורשת. ראוי גם לשקול מה צריכים להיות פרשנותו ומעמדו של כבוד האדם כערך או כזכות חוקתיים בהנחה שלמדינת ישראל תהיה בעתיד מגילת זכויות מלאה. בהנחה זו, מה ראוי להיות מעמדו של כבוד האדם לעומת מעמדן של זכויות חוקתיות אחרות? האם ראוי כבוד האדם למעמד מוחלט? כיצד יש לפרש את כבוד האדם? מה כלול בהגנה המוענקת על ידי כבוד האדם?

כפי שהובהר בחיבור זה, הפרשנות הגרמנית ביקשה להעניק לפרשנותו של מושג כבוד האדם שני קווי אופי מנחים: מחד גיסא התפרש המושג על רקע ערכי האוטונומיה האישית והמימוש העצמי של הפרט; מאידך גיסא הוא התפרש על פי "נוסחת האובייקט" כמגן על האדם מפני השפלה, מפני פגיעה בשוויון הבסיסי; מפני פגיעה נפשית ופיזית ומפני פגיעה בקיום המינימלי. ואולם המקרים אשר נדונו בפסיקה הגרמנית מוכיחים שקשה ליישב את שתי הגישות הפרשניות הללו: הגנתו של אדם מפני השפלה ומפני הפיכתו לאובייקט עשויה לכלול לעתים הגנה על האדם מפני פעולותיו שלו. היא עשויה להכתיב "דמות

ראויה" של האדם ולפגוע באוטונומיה האישית וברצון החופשי, שאף הם כאמור ערכים הנובעים במישרין מכבוד האדם.

שאלת פרשנותו המהותית של כבוד האדם קשורה קשר הדוק לשאלה מרכזית נוספת – שאלת מעמדו של כבוד האדם. מטבע הדברים, גישה דומה לזו אשר נתקבלה במשפט הגרמני והמעניקה מעמד מוחלט, חסין מכל פגיעה, לכבוד האדם, מעודדת פרשנות צרה למושג מבחינה מהותית. כבוד האדם כמושג רחב, בעל תחום הגנה שגבולותיו אינם מוגדרים, אינו יכול להיות בעל מעמד מוחלט, שכן לא יתאפשר כל איזון בינו ובין כל אינטרס וזכות אחרים. לעומת זאת מעמד חלש יותר לכבוד האדם, שיאפשר איזון בינו ובין זכויות ואינטרסים אחרים, יאפשר מתן פרשנות רחבה יותר לתוכן המושג. כבוד האדם כערך מוחלט מחייב אפוא הגדרה מדויקת ומצומצמת, ואילו כבוד האדם כערך חוקתי שווה מעמד לזכויות חוקתיות אחרות מאפשר הגדרה רחבה וגמישה יותר של תוכנו.

כאשר אנו מבקשים להקיש מהחשיבה החוקתית הגרמנית למקרה הישראלי, ראשית נדרשים אנו לשאלה אם ראוי להעניק לכבוד האדם מעמד מוחלט. האם נכון להצהיר על זכות חוקתית, אפילו זכות יסודית ובסיסית ככבוד האדם, שהיא זכות נצחית בעלת ערך מוחלט? האם ישנם בכלל בשיטת משפט ערכים שהם נצחיים ומוחלטים?

על שאלה זו אני נוטה להשיב בחיוב. כפי שכבר הוזכר לעיל בחיבור זה, דווקא משום היות כבוד האדם ערך בסיסי וחיוני, חשוב מאין כמותו, מצד אחד, וזכות שאינה טריוויאלית, ושאינטואיטיבית אינה הראשונה בחשיבותה בקרב הזכויות החוקתיות (בהשוואה, למשל, לזכות החוקתית לחיים), מצד שני, ראוי להדגיש ולחזק את ההגנה שהוא מעניק. חשיבותה של ההגנה על כבוד האדם אינה יכולה להיות מוטלת בספק.

בהענקת מעמד מוחלט לכבוד האדם חוזרת ביתר חשיבות השאלה העיקרית בחיבור זה – מהו כבוד האדם וכיצד נגדיר את תחום ההגנה שהוא מעניק לפרט? כיצד נחליט מה הקו המנחה בפרשנותו של כבוד האדם?

על הפתרון הראוי אפשר ללמוד מן הפרקטיקה במשפט החוקתי הגרמני. כאמור, הפרשנות החוקתית הגרמנית להגנה שכבוד האדם מעניק לפרט מאופיינת בשני קווים מנחים בולטים: הגנה על ההתפתחות האוטונומית האישית מצד אחד, והגנה מפני ביטול הזהות העצמית והפיכת הפרט לאובייקט מוחלט, כלומר הגנה מפני השפלה, מצד אחר. אף שמגמות פרשניות אלה דרות זו בצד זו הן בפסיקה

הן בספרות, עיון בפסיקה מביא לכלל מסקנה שכאשר מדובר בהגנה החוקתית על הזכות לאוטונומיה ולבחירה חופשית קבע בית המשפט שעסקינן בזכות לאוטונומיה אישית (allgemeine Persönlichkeitsrecht) הנובעת מהחיבור שבין שתי זכויות חוקתיות: כבוד האדם והזכות לפיתוח האישיות ולחירות אישית הקבועה בסעיף 2(1) לחוק היסוד. עיגון ההגנה החוקתית במקרים אלה בזכות הנובעת מצירופן של שתי הוראות חוקתיות כאמור מאפשר לבית המשפט להציג את ההגנה על כבוד האדם, במובנה כהגנה על האוטונומיה האישית, לא כהגנה מוחלטת או כזכות החסינה מפני כל פגיעה, אלא כזכות חוקתית שיכולה לסגת מפני זכויות ואינטרסים מנוגדים לה.

פתרון זה, היוצר הלכה למעשה הפרדה כלשהי בין שני היבטים של כבוד האדם, ניתן ליישום בהגדרתו ובפרשנותו של כבוד האדם במשפט הישראלי. הגדרה כזאת תשמור על גרעין כבוד האדם, היינו על כבוד האדם במובנו הבסיסי ביותר כזכות חוקתית מוחלטת, ועל כבוד האדם במובנו הרחב יותר כזכות חוקתית הניתנת לאיזון.

כבוד האדם במובן הבסיסי, כלומר "גרעין הזכות", זכאי לדעתי להגנה מוחלטת. גרעין הזכות לכבוד האדם הוא לגישתי אותם מקרים המגנים על הפרט מפני השפלתו. בניסיון להגדיר מהי אותה הגנה אשר כבוד האדם במובנו הגרעיני, הבסיסי, מעניק אפשר להיעזר שוב בפרשנות המופיעה בספרות הגרמנית. פרשנות זו קובעת כמעט פה אחד שההגנה על כבוד האדם במובנה הבסיסי היא: (1) הגנה מפני פגיעה בשוויון הבסיסי בין בני האדם, כלומר הגנה מפני עבדות, מפני סחר בבני אדם ומפני הפליה קשה; (2) הגנה מפני פגיעה בזהות ובשלמות הגופנית והנפשית כגון ההגנה מפני עינוי נפשי או פיזי, מפני נטרול הרצון החופשי או מפני ביצוע ניסויים בבני אדם; (3) הגנה על קיום מינימלי בכבוד, בכלל זה תמיכה לשם הבטחת קיום סוציאלי מינימלי של הפרט. הגנה מוחלטת זו על "גרעין" כבוד האדם, המתוארת לעיל בקווים כלליים, צריכה להיות מוגדרת בחוק היסוד ולכלול "רשימה סגורה" של מה שנכלל בגרעין הזכות וזוכה אפוא להגנה מוחלטת. לצד הכלול בגרעין הזכות אפשר לפרש את תחום ההגנה על כבוד האדם כרחב יותר, ואולם ההגנה שתוענק למה שחוסה בשוליה של הזכות לא תהיה הגנה מוחלטת, אלא הגנה דומה לזו הניתנת לכל זכות חוקתית אחרת – היינו הגנה הנתונה לאיזון עקב אינטרסים וזכויות העומדים מנגד.

לצד השאלה מה כולל כבוד האדם סקר חיבור זה גם את הדיון בשאלה מי מוגן על ידי כבוד האדם. בשאלה זו דעתי כדעתם של המלומדים הסוברים שכבוד האדם נועד להגן על האדם הנולד, החי. נראה שסוגיית הניסויים במחקר ביוטכנולוגי וגנטי, חשובה ככל שתהיה, אינה צריכה להיות מוכרעת לאור ערך כבוד האדם. סוגיה זו כוללת את שאלת ההגנה על החיים, כמו גם את השאלה המוסרית והאתית של נקודת הזמן שבה ראוי לראות את תחילת החיים האנושיים, אך לא את שאלת ההגנה על כבוד האדם.

נספח

סעיף 1

- (1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.
- (2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world.
- (3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive, and the judiciary as directly applicable law.

סעיף 2

- (3) Amendments to this Basic Law affecting the division of the Federation into Länder, their participation on principle in the legislative process, or the principles laid down in Articles 1 and 20 shall be inadmissible.

סעיף 3

[...] der Mensch kann von keinem Menschen [...] bloß als Mittel, sondern muss jederzeit zugleich als Zweck gebraucht werden, und darin besteht eben seine Würde (die Persönlichkeit), dadurch er sich über alle andere Weltwesen, die nicht Menschen sind, und doch gebraucht werden können, mithin über alle Sachen erhebt.

סעיף 4

- (1) Das Briefgeheimnis sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis sind unverletzlich.
- (2) Beschränkungen dürfen nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden. Dient die Beschränkung dem Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes, so kann das Gesetz bestimmen, daß sie dem Betroffenen nicht mitgeteilt wird und daß an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt.
- (1) The privacy of correspondence, posts and telecommunications shall be inviolable.
- (2) Restrictions may be ordered only pursuant to a law. If the restriction serves to protect the free democratic basic order or the existence or security of the Federation or of a Land, the law may provide that the person affected shall not be informed of the restriction and that recourse to the courts shall be replaced by a review of the case by agencies and auxiliary agencies appointed by the legislature.)

סעיף 5

Section 136a. [Prohibited Methods of Examination]

- (1) The accused's freedom to make up his mind and to manifest his will shall not be impaired by ill-treatment, induced fatigue, physical interference, administration of drugs, torment, deception or hypnosis. Coercion may be used only as far as this is permitted by criminal procedure law. Threatening the accused with measures not permitted under its provisions or holding out the prospect of an advantage not envisaged by statute shall be prohibited.

- (2) Measures which impair the accused's memory or his ability to understand shall not be permitted.
- (3) The prohibition under subsections (1) and (2) shall apply irrespective of the accused's consent. Statements which were obtained in breach of this prohibition shall not be used, even if the accused agrees to their use.



כבוד האדם – זכות עליונה ומוחלטת?

מרדכי קרמניצר



1. פתח דבר

שלושה מאפיינים לזכות המכונה "כבוד האדם" במשפט הגרמני:

1. עליונות. מיקום עליון בהיררכיה של הזכויות והאינטרסים – אין מעליה דבר, אין גם בצדה דבר;
2. מוחלטות. הזכות לכבוד אנושי היא מוחלטת ואין לאזן בינה ובין זכות או אינטרס אחרים. אם מעשה מסוים פוגע בכבוד האדם, הפגיעה הופכת מיניה וביה לבלתי חוקתית, ולכן אסורה, ויהיו האינטרס או הזכות שבשמם נעשתה הפגיעה אשר יהיו;
3. נצחיות. אין לשנות בשום מקרה ובשום רוב את המעמד החוקתי שהוענק לכבוד האדם.

הסוגיה של נצחיות הזכות מצריכה דיון כללי ועקרוני בשאלה אם יש מקום לקביעות חוקתיות המוצאות לחלוטין מתחום השיח החוקתי העתידי. השאלה חורגת מתחום דיוננו, ולא אדון בה כאן.

בכוונתי לייחד דיון קצר לנושא עליונות הזכות ודיון מפורט יותר למעמדה המוחלט. בכל הנוגע להשלכות על המשפט הישראלי, אין הדיון יוצא מנקודת המוצא של הדין הקיים (של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהוא כה חלקי ומוגבל מבחינת הזכויות המנויות בו ואלה שאינן מנויות בו), אלא הנחת העבודה היא שיש לישראל חוקה, או לפחות מגילת זכויות אדם שלמה, כמקובל במדינות בנות התרבות.

* תודתי נתונה לקרן אלכסנדר פון הומבולדט על סיועה בעריכת המחקר. הערכת תודתי לעוזרי המחקר המסורים שסייעו לי בעריכתו: עומרי בן צבי ורועי ששון.

2. עליונותה של הזכות לכבוד אנושי

קשה להשתכנע שהזכות לכבוד אנושי עליונה מכל זכות או אינטרס אחרים. בהנחה שהגרעין הקשה של הזכות לכבוד אנושי הוא הזכות שלא להיות מושפל, המתבטאת באינטואיציה הקאנטיאנית שלפיה אין להתייחס לאדם אלא כתכלית לעצמו, קשה לקבל את הרעיון שזכות זו עולה בחשיבותה על הזכות לעצם החיים. החיים עצמם קודמים מבחינה לוגית וכרונולוגית לכל שאר זכויות האדם, שכן בלא אדם חי למי ישתייכו שאר הזכויות? נראה שקדימות החיים והעליונות הנגזרת ממנה הן גם העמדה המקובלת על רוב בני האדם.

עמדה זו אינה צריכה להשתנות גם אם מקבלים תפיסה שלפיה אל להם לבני האדם להסתפק בחיים כשלעצמם אלא עליהם לשאוף לחיות חיים ראויים ולעשות לשם כך. אפשר שחיים יהפכו לבלתי נסבלים בעיני הסובל עקב התעללות והשפלה שיטתיות ומתמשכות, אולם לא כזו תהיה בהכרח ההכרעה של כל סובל, ואין בכך כדי ללמד על הערך החברתי של החיים. אם ייקבע מנקודת ראות חיצונית שחיים מסוימים מאבדים מערכם או אף מאבדים את ערכם בשל פגיעה בכבודו האנושי של האדם, זו תהיה מסקנה מסוכנת מבחינת ערך החיים. זאת ועוד, במשפט החוקתי האיזון המתבקש איננו בין מסכת ארוכה של פגיעות בכבוד לבין פגיעה בחיים, אלא בין פגיעה בכבוד לבין פגיעה בחיים. הפגיעה הפרדיגמטית בחיים מביאה לאבדנם המוחלט ומקפחת אותם כליל. לעומתה, אין לפגיעה בכבוד האנושי מבנה דומה. להפך – לא ברור כלל עד כמה אפשר לפגוע בכבוד האנושי. לפחות במובנים מסוימים אי-אפשר ליטול מאדם את כבודו. כך גם אדם הנתון בתנאים המשפילים ביותר הוא אדם שיש לו כבוד אנושי.

על היחס החברתי הנכבד לשני הערכים הללו אפשר ללמוד מאופן ההגנה עליהם. ברור שהחיים מוגנים באופן מקיף ואינטנסיבי הרבה יותר מן הכבוד האנושי – ואף שעניין זה הוא ברובו תיאורי, נראה שהוא משליך גם על המעמד הנורמטיבי של הזכויות (כלומר לא רק שזהו המצב אלא ראוי שזה יהיה המצב). ראוי להזכיר בהקשר זה כי לא כל מעשה של השפלה אסור לפי הדין בשיטות המשפט למיניהן. המצדדים במוחלטות הזכות לכבוד מרכיבים לציין שעל אף החשיבות של ערך החיים, הזכות להרוג במלחמה וזכות ההגנה העצמית הן דוגמאות המראות

שההגנה על החיים אינה מוחלטת, ואילו ההגנה על הכבוד האנושי היא מוחלטת, ומכאן הם מסיקים את עליונות הכבוד על החיים. עם זאת ספק אם יש בדוגמאות הללו כדי להצדיק מסקנה שתפחית מחשיבותו של ערך החיים. ראשית, מלחמה עשויה להצדיק קיפוח חיי אדם רק אם היא מלחמת מגן, כלומר כשהיא נועדה בעיקרון להגן על החיים.¹ שנית, במסגרת הזכות להגנה עצמית אין מגנים רק על

1 אפשר לבסס טענה זו על "דוקטרינת קרוליין" שפותחה במשפט הבין-לאומי המנהגי, ולפיה המלחמה מוצדקת במקרים חריגים שבהם האיום הוא ממשי, והצורך בהגנה עצמית הוא מירי, וכשאינן בנמצא חלופה פוגענית פחות. ראו עמנואל גרוס "סיכול פעולות טרור על-ידי פגיעה במבצעייהן או במפקדיהן" קרית המשפט ב 189, 202-212 (2002). גם מבחינת המשפט הבין-לאומי ההסכמי ייתכן שנמצא ביסוס בדמות פרשנות לסעיף 51 לאמנת האו"ם (The UN Charter), הקובע את קריטריון ההגנה העצמית כקריטריון יחיד לשימוש בכוח, ויש הגורסים שאף מחמיר את התנאים לעומת אלה שקובע המשפט המנהגי: "אמנה זו לא תפגע בזכות ההגנה העצמית הטבועה של הפרט או של קולקטיב אם מתבצעת תקיפה חמושה נגד מדינה החברה באו"ם" "Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs against a Member of the United Nations"; כל התרגומים לעברית במאמר זה הם שלי. ראו גם THOMAS FRANCK, FAIRNESS AND INTERNATIONAL LAW AND INSTITUTIONS 266-274 (1995). ייתכן אף שיש להמתין לפרשנות בית הדין הפלילי הבין-לאומי (ICC) למונח "פשע התוקפנות" (the crime of aggression) המוזכר באמנת רומא, שהוא הפשע הרלוונטי בין השאר לעניין האחריות ליציאה למלחמה, ולקוות שבית הדין ייצוק בו תוכן של ממש. אף על פי שהמשפט הבין-לאומי לא אמר את דברו בעניין באופן חד-משמעי, הכתיבה בנושא התפתחה רבות בעת האחרונה, בעיקר בהיבט הנורמטיבי-מוסרי (ולא מעט בעקבות מלחמות ארצות הברית בעירק ובאפגניסטן). תאוריית המלחמה הצודקת (Just War) קובעת כללים בדבר "הזכות לצאת למלחמה" (*ius ad bellum*). "זכות" כזו מותנית בעיקר בקיום "עילה צודקת" (Just Cause), המחייבת סיכון משמעותי לחיי חפים מפשע, באופן שההתערבות תהיה על מנת להגן על חייהם. להרחבה על התאוריה ועל שורשיה ראו למשל MICHAEL WALZER, JUST AND UNJUST WARS: A MORAL ARGUMENT WITH HISTORICAL ILLUSTRATIONS (4th ed., 2006). על הקשר בין המשפט הבין-לאומי לבין המלחמה הצודקת (בעיקר בהיבטים של הגנה עצמית, ביטחון לאומי והתערבות הומניטרית), ועל ביקורת על המשפט הבין-לאומי החסר והבלתי אפקטיבי, ראו גם Jutta Brunnée & Stephen J. Toope, *Slouching towards New "Just" Wars: International Law and the Use of Force after September 11th*, 51 NETHERLANDS INTERNATIONAL LAW REVIEW 363, 368-385 (2004), לעיל ה"ש זו, בעמ' 283-245.

האינטרס המותקף אלא על הסדר המשפטי המותקף גם הוא על ידי התקיפה הבלתי חוקית. זוהי דרכה של החברה להבטיח את המשך קיומה ולהתגונן מפני מעשים המסכנים את חיי חבריה סיכון ממשי. כחלק מן ההדיפה של תקיפה בלתי חוקית, אמצעים המקפדים את חיי התוקף ייחשבו לסבירים (מידתיים) בדרך כלל אם הם נועדו להדוף תקיפה בלתי חוקית המסכנת את החיים או אינטרס קיומי אחר. עם "מקרי הגבול" הללו, שאינם מעמידים חיים מול חיים, אך מעמידים על הכף אינטרס ראוי להגנה גם במחיר חיי התוקף, אפשר למנות את שלמות הגוף, החירות המינית, החירות הפיזית (במקרי קצה כגון כליאה שלא כדין או חטיפה) ואולי אפילו ערכים הקשורים במישרין לכבוד האדם כגון התגברות על עינויים משפילים.² להשלמת אותו רעיון, ומכיוון אחר, ניתן להביא את הביקורת החריפה על הכללת ההגנה על הרכוש כאינטרס המאפשר "כוח מגן קטלני" (ופגיעה בחיי התוקף)³

2 ראו Mordechai Kremnitzer & Khalid Ghanayim, *Proportionality and the Aggressor's Culpability in Self-Defense*, 39 TULSA L. REV. 875, 892-899 (2004): "משפט פלילי הומני מגן על חיי התוקפן, ויכול לאפשר את הריגתו רק אם האינטרסים המוגנים המאוימים נושאים אופי קיומי" (בעמ' 894). וראו גם Mordechai Kremnitzer, *Proportionality and the Psychotic Aggressor: Another View*, 18 ISRA. L. REV. 178, 193-194 (1983). והשוו לעמדה אחרת בנושא, המרחיבה את האינטרסים הראויים להגנה במחיר חיי התוקף, GEORGE FLETCHER, *RETHINKING CRIMINAL LAW* 855-864 (1978); George Fletcher, *Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory*, 8 ISRA. L. REV. 367, 376-387 (1973)

3 ראו, לדוגמה, במודל פנל קוד האמריקני:

3.06 שימוש בכוח להגנת רכוש [...]

(ד) שימוש בכוח קטלני. שימוש בכוח קטלני לא יוצדק מכוח חלק זה אלא אם

כן העושה מאמין ש:

(1) האדם שהכוח ננקט נגדו מנסה לנשלו ממקום מגוריו שלא במסגרת תביעת זכות להחזקה;

(2) האדם שהכוח ננקט נגדו מנסה לבצע או להשלים הצתה, פריצה, שוד או או גנבה נפשעת אחרת או הרס רכוש וכן:

(א) השתמש או איים להשתמש בכוח קטלני כלפי העושה או בנוכחותו; או

(ב) השימוש בכוח שאינו קטלני למניעת הביצוע או השלמה של הפשע יחשוף את העושה או מישהו אחר בנוכחותו לסכנה ממשית של נזק גופני חמור.

אף בהיבטים החמורים ביותר של פגיעה ברכוש, כגון הצתת ביתו של הנתקף בד כבד עם איומים עליו.⁴ גם ביקורת זו מדגישה את חשיבותו של ערך חיי האדם בהקשר הנדון.

בצורה מקבילה, גם הכבוד האנושי אינו יכול להיות מוגן באופן מוחלט כאשר ניצבים זה מול זה שניים שכבודם האנושי נפגע או עלול להיפגע. מן המקרה הזה אין להסיק שהכבוד האנושי אינו יכול להיות מוגן, באופן עקרוני, באופן מוחלט; כך גם בעניין חיי אדם. יתרה מזו, גם אם ההגנה על החיים אינה מוחלטת וההגנה על הכבוד היא מוחלטת, ספק אם נובעת מכאן מסקנה בדבר עליונות הכבוד על החיים, או להפך.⁵

לכן אנו נדרשים להסברים אחרים למצב הנורמטיבי של הזכויות: ייתכן שההגנה על הכבוד במסורת הגרמנית היא מוחלטת משום שהמשפט הבין-לאומי והמשפט החוקתי מתמקדים בהגנה על היחיד מפני השלטון, ואילו מקור הסכנה העיקרי לחיים הוא הפרט. אפשר גם – ועוד נשוב לכך – שדווקא משום שאין הזכות לכבוד אינטואיטיבית ומובנת מאליה, נדרשת הגנה מוגברת עליה. אפשרות נוספת היא שהמשפט ראה לנגד עיניו מצבים של התנגשות בין חיים לחיים שבהם בבירור מוצדק לקפח חיי אדם, ולו רק בשל שכיחותם והיותם חלק מהוויית החיים הרגילה. לעומת זאת התנגשויות בין כבוד לכבוד הן נדירות יותר ואפשר שלא ניתנה עליהן הדעת. ייתכן גם שהייתה כאן הכרעה נגד האפשרות

American Law Institute, MODEL PENAL CODE: OFFICIAL DRAFT AND EXPLANATORY NOTES (Philadelphia, 1985)

4 ראו בועז סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי 219-221 (2000), וכן קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 893-894. זאת ועוד, אף בשיטת משפט כמו הגרמנית, שבה אין דרישה מפורשת לפרופורציה בין התקיפה לבין ההגנה העצמית, מקובלת מאוד ההבחנה הפוטרת מפלילים רק במקרים אלה. ניתן לחזק הבחנה זו בהתבסס על סעיף 2 לאמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR), הקובע ששלילת חיי אדם מותרת "בהתגוננות של כל אדם מפני אלימות לא חוקית" (אדם), להבדיל מרכוש – ההדגשה שלי).

5 וראו את דבריו של דניאל סטטמן במאמרו "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541 (2000). סטטמן מבחין בין כבוד כיחס מוסרי-אורטי, הנהנה מעליונות נורמטיבית אך חסר תוכן קונקרטי, ובין כבוד כאיסור השפלה, שאינו זוכה למעמד נורמטיבי עליון.

להצדיק פגיעה בכבוד האנושי, ולו גם למען מטרה נעלה כגון השגת מידע חיוני לשם הצלת חיי אדם. אפשר לשלול היזקקות לעינויים גם במקרה כזה,⁶ משום שמדובר באמצעי לא מועיל ולא יעיל, בין השאר משום שהוא מניב לרוב מידע שקרי ובשל החשש מפני "מדרון תלול". מכל מקום, אין בכך כדי ללמד בהכרח על הכרעה שלפיה הכבוד האנושי נעלה על החיים עצמם.

אפשר, כמובן, לחמוק מן הקושי המתואר לעיל על ידי הכללת ההגנה על החיים במסגרת ההגנה על הכבוד האנושי על יסוד הטענה שהשני תלוי בראשונים. אם כך עושים, אין טוענים עוד לעליונות הכבוד על החיים, ואין עוד צורך להתפלמס עם טיעון כזה.

ייתכן שבמשפט הגרמני שלאחר מלחמת העולם השנייה הוענקה עליונות לכבוד האנושי משום שהחוויה העיקרית שחוו רוב הגרמנים שחיו במשטר הנאצי הייתה של השפלה הכרוכה במשטר טוטליטרי דכאני. ברור שההתנסות העיקרית של היהודים הייתה זו של ההשמדה. אם יש ממש בסברה שמעמדו המיוחד של הכבוד האנושי במשפט הגרמני אכן נעוץ בהסבר האמור, כי אז ברור שאין הוא רלוונטי לנו. יתרה מזו, אף יש בכך לעורר התנגדות מבחינתנו.

צריך להודות שיש קשר בין השפלתם של בני אדם, מערכת שיטתית שתכליתה לייצר דימוי של בני אדם נטולי ערך והשמדתם.⁷ אין המסקנה הנובעת מכך שהכבוד חשוב מן החיים.

6 ראו למשל עמיהוד גלעד "ציווי מוסרי מוחלט: אסור לענות" משפט וממשל ד 425 (1997).

7 בקשר הזה שבין חיים לכבוד אפשר להצביע, למשל, על עברת ההסתה לגזענות שמצאה בשנת 1986 את דרכה לספר החוקים (סעיפים 144א-ד לחוק העונשין, התשל"ז-1977). להרחבה בעניין הרציונל שביסוד העברה, שהוא בבסיסו מגן על כבוד האדם במובנו הגרעיני, אולם בה בעת מגן מפני ההחמרה של ביטויים גזעניים והבאתם לכדי פגיעות פיזיות, ראו מרדכי קרמניצר "פרשת אלבה: בירור הלכות הסתה לגזענות" משפטים ל 105, 109-110 (2000).

3. מוחלטותה של הזכות לכבוד אנושי

בהקשר זה אפשר לציין שיקולים התומכים בהענקת מוחלטות לזכות וכן שיקולים נוגדים. אתחיל בשיקולים המצדדים. מקצתם נוגעים להגנה מוחלטת על כל זכות שהיא ומקצתם – להגנה מוחלטת על הכבוד האנושי.

3.1. איזון בין אינטרסים וזכויות – בעיות

דומה שהצורך להכניס לשיח החוקתי עוגנים יציבים מתעורר על רקע תכונות הנזילות, העמימות והאי־ודאות שבו. תכונות אלה מעוררות בראש ובראשונה את השאלה אם יש במתכונת החוקתית הנוכחית כדי להדריך היטב, מבחינה מהותית-תוכנית (להבדיל מההיבט הדיוני, קרי מבחינת אופן הדיון, השאלות העולות בו והסדר שלהן), ולו גם הדרכה מינימלית, את מי שאמורים לנהוג לפי הסדר החוקתי. נראה שהתשובה לשאלה זו היא שלילית. אין בשיח הקיים הדרכה של ממש כיצד להשיב על השאלות הערכיות המכריעות המתעוררות בין בשלב השני של בחינת המידתיות (כמו במשפט הקנדי) ובין בשלב השלישי (כמו במשפט הגרמני ובמשפט הישראלי). בהיעדר הדרכה כזו הכוח המנחה של השיח החוקתי מוגבל מאוד וכמוהו גם היכולת לצפות תוצאה בדיון חוקתי נתון.

תכונות השיח החוקתי מעניקות חופש כמעט בלתי מוגבל למעשה לפרשן החוקתי. דוגמה טובה להרחבת הגבולות בשיח החוקתי העכשווי בישראל היא פסיקתו של בית המשפט העליון בנושא הפרטת בתי הסוהר במדינה.⁸ בית המשפט בחר לבסס את הכרעתו על הפגיעה העקרונית, ה"בסיסית", בכבוד האדם שבה כרוכה ההפרטה (להבדיל מהפגיעה הקונקרטית בזכויות העלולה

8 בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (טרם פורסם, 19.11.09) (להלן: פרשת הפרטת בתי הסוהר).

להתרחש ויכולה גם להימנע, לפי הנסיבות).⁹ הבחירה במסלול משפטי זה חושפת לכל הפחות את היכולת לבסס הכרעה נורמטיבית בדרך זו גם במקרים שנתפסים כרחוקים מסורתית משיח זכויות האדם. ודוק: בית המשפט בחר שלא לדון בפגיעה קונקרטית אפשרית בזכויות האדם עקב ההפרטה, בטענה (הסבירה) שפגיעה כזו לא הוכחה במספר גדול של מחקרים בעולם.¹⁰ במקום זאת פירש בית המשפט את הזכות לכבוד בדרך שייחורה את הדיון בפגיעה הקונקרטית בו (ומכאן ההגדרה של הפגיעה כ"אינטרינזית", כלומר כפנימית).

האם יש במשטר חוקתי לגיטימיות לחופש פרשני כזה? השאלה נשאלת גם בהנחה שהחופש הזה הוא ביסודו נגטיבי, כלומר שולל הסדר חוקי קיים ולא חיובי ומעצב. הוא נועד להציב גבולות לאפשרי המשפטי, שבתוכם רשאית הפוליטיקה לנוע בחופשיות, אך אין הוא מייצר הסדרים חיוביים, ממשיים.

אכן, אופיו השלילי של הבקר השיפוטי-חוקתי מחליש במידת מה את עוצמתו, אולם אין הוא מסלק כליל את החשש מפני עוצמת יתר. כך למשל, הצירוף של כמה מהלכים שוללים עשוי לאלץ הסדר חיובי מסוים.

מן הכיוון האחר, המנוגד, והוא דווקא העיקר, עולה התהייה אם ניתן לסמוך על הבקר השיפוטי-חוקתי שיציב גבולות ראויים לכוח הפוליטי. האם אין חשש שלנוכח כוח פוליטי דורסני, לנוכח דעת קהל מתלהמת, לא יצליח גם הבקר השיפוטי לאזור כוח ורוח לעמוד בפרץ ויכוף ראשו ברוח העזה?
הן פרשת קורמטסו¹¹ הן פרשת קלפי המיקוח הלבנוניים (בשלב הלפני

9 כך בפסקה 36 לפסק דינה קובעת הנשיאה ביניש (שכתבה את דעת הרוב העיקרית בפסק הדין):

עצם קיום המוסד של כלא הפועל למטרות רווח מבטא חוסר כבוד למעמדם של האסירים כבני אדם, ופגיעה זו בכבוד האדם של האסירים אינה תלויה במידת הפגיעה בזכויות אדם המתרחשת בפועל בין כתלי הכלא (ההדגשה שלי).

10 שם, בפסקה 19 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

11 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). בפרשה ידועה לשמצה זו אישר בית המשפט העליון האמריקני צו גזעני הפוגע חריפות בזכויותיהם של

אחרון שלה)¹² מלמדות כי מה שעשוי, לכאורה, להיות מקור הצלה – מבחן הסתברותי תובעני במיוחד התובע הסתברות קרובה לוודאי להתרחשותו של נזק ממשי ומשמעותי, אינו מספיק כדי לשמש בלם אפקטיבי, בייחוד במציאות פרשנית המאפשרת הסתמכות על מתחם סמנטי רחב. הפרשיות שהוזכרו מלמדות גם שבהקשרים "טעונים", ובייחוד בהקשר הביטחוני, קשה לסמוך גם על שופטים ליברלים שבעזרת מבחני המידתיות ושיטה של שקלול אינטרסים גיעו לתוצאות סבירות, כלומר לתוצאות שאינן חוטאות באופן חמור, ובדיעבד בלתי נסבל, לכבוד האדם. פסק הדין הראשון של הנשיא ברק בפרשת קלפי המיקוח הלבנוניים הוא דוגמה מובהקת לכך. אין שום מכשול בלתי עביר בדרכה של ערכאה שיפוטית לקבוע מחד גיסא ש"כאשר המעצר נעשה בנסיבות בהן העצור מהווה 'קלף מיקוח', הרי יש בכך פגיעה חמורה בכבוד האדם, שכן העצור נתפס כאמצעי להשגת מטרה ולא כמטרה בפני עצמה", ומאידך גיסא לפסוק ש"נחה דעתו כי פגיעה זו – קשה וכאובה ככל שהינה – מחויבת המציאות הביטחונית והמדינית היא, ומשקפת היא את נקודת האיזון הראויה בנסיבות המקרה בין חירות הפרט [כאן נעלם מן השקלול, משום מה, כבוד האדם] לבין ההכרח בשמירה על בטחון המדינה"¹³.

אזרחים אמריקנים ממוצא יפני. הפרשה נדונה בסמוך לאחר ההפצצה היפנית בפרל הרבור, כאשר התגבש חשש בציבור ובממשל שמא היפנים השוהים בארצות הברית יהוו "גיס חמישי" ויסייעו לפלישה נוספת. בית המשפט העליון אישר ברוב דעות צו נשיאותי המרחיק את כל האנשים ממוצא יפני (כ-110,000), חלק גדול מהם אזרחים אמריקנים) מרצועת החוף המערבי ו"ממקום מחדש" במחנות עקורים, בלא שמץ ראייה על פעילות עוינת ולא נאמנה. קורמטסו עצמו הורשע בהפרת הצו. את פסיקתו ביסס בית המשפט על צורך ביטחוני-ציבורי. שנים רבות לאחר מכן, בשנות השמונים, בוטלה הרשעתו של קורמטסו, ואף זאת מטעמים עובדתיים-פרוצדורליים ולא עקרוניים.

- 12 עמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97 (1997) (להלן: פרשת קלפי המיקוח הלבנוניים); לאחר שנים מספר התהפכה התוצאה בדיון נוסף. ראו דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000) (להלן: דיון נוסף קלפי המיקוח הלבנוניים).
- 13 פרשת קלפי המיקוח הלבנוניים, לעיל ה"ש 12, פסקה 12 לפסק דינו של השופט ברק.

מאלפות לא פחות בהקשר זה עמדות המיעוט בדיון הנוסף בפרשה זו. ארון להלן בעמדתו של השופט מישאל חשין. שני אמצעים רטוריים משמשים אותו כדי להצדיק את מסקנתו ש"החזקתנו בשבויים, על דרך העיקרון, אינה פוצעת בזכויות האדם": האחד, ההשוואה שהוא עורך בין העצורים הנדרנים לבין שבויי מלחמה. השוואה זו מבוססת על התעלמות מנתוני יסוד. ראשית, הרציונל שבהחזקת שבויים הוא שכל עוד לא הסתיים הסכסוך המזוין, שחרורם יוצר סיכון שישובו ויצטרפו לכוחות הלוחמים נגד המדינה. רציונל זה לא התקיים בענייננו לנוכח הודאת המדינה שאין נשקפת סכנה מן העותרים אם ישוחררו. לכן קשה להשתכנע מן האמירה: "אין ולא כלום בטענה כי אין נשקפת סכנה מן העותרים אם אך ישוחררו".¹⁴ הנתון הרלוונטי השני שבית המשפט התעלם ממנו הוא שישראל לא התייחסה אל העותרים כאל שבויי מלחמה (שאינם נושאים באחריות פלילית למעשי האיבה שבהם השתתפו) אלא כאל עבריינים הנושאים באחריות פלילית לפעולות האיבה שבהן השתתפו ואף לעצם חברותם בארגונים עוינים (שלא ברור כלל עד כמה יש בה כדי להפכם ללוחמי אויב).¹⁵ לא ברור אם עמדה המקישה ממעמד השבוי באופן מגמתי וחד-סטרי כזה היא עמדה הוגנת. גם התרעמותו של השופט חשין על השימוש בביטוי "קלפי מיקוח" היא תמוהה. הרי ברור שלא הסכנה מן העותרים – שכן זו לא נשקפה לפי גרסתה של המדינה עצמה – הייתה סיבת החזקתם במעצר אלא הרצון להשיג תמורה בעד שחרורם – מידע על אודות גורלם של נעדרים ישראלים. ברור אפוא שהעותרים הוחזקו כ"קלפי מיקוח", וברור בה במידה שהיתממות היא לומר ש"..." והרי לא במיקוח ענייננו. אך יוחזר רון ארד משביו – או אך יודע לנו מה עלה בגורלו –

14 דיון נוסף קלפי המיקוח הלבנוניים, לעיל ה"ש 12, פסקה 5 לדעת המיעוט של השופט חשין.

15 לעניין זה ראו הילי מודריק (בהנחיית מרדכי קרמניצר) לוחמים בלתי-חוקיים או חקיקה בלתי-חוקית? על חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים התשס"ב-2002 34-35, 51-52 (2005); גישה כזו ניתן ללמוד גם מדברי השופט ברק בסוגיית הסיכול הממוקד – בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, תק"על 2006 (4) 3958 (2006) – בפסקה 33-35, 39 לפסק דינו; וראו גם מרדכי קרמניצר האם הכל כשר בהתמודדות עם הטרור? על מדיניות ההריגה המונעת (הסיכול הממוקד) של ישראל ביו"ש ועזה 26-29 (2006).

והעותרים ישובו לבתייהם".¹⁶ וכך גם האמירה: "אדם הוא אדם; קלף הוא קלף; ואדם אינו קלף. לעולם, לעולם לא יהא אדם כקלף". החזרתו של רון ארד או מסירת פרטים על אודותיו לא היו בידי העותרים, והתנאת שחרורם בשחרורו או בקבלת מידע על אודותיו הפכה אותם למעשה ובמציאות ל"קלפי מיקוח", בניגוד גמור לציויי הנורמטיבי הראוי העולה מדבריו של השופט חשין – "לעולם, לעולם לא יהא אדם כקלף".¹⁷

בהקשר הזה ניתן להעלות על הדעת ששימוש במבחן הקאנטיאני לכבוד האדם (שלפיו כאמור אין להתייחס לאדם אלא כתכלית לעצמו) יאפשר להבחין בצורה טובה, ברוב המקרים, בבעיה הנורמטיבית העולה מלקיחת בני ערובה על ידי המדינה. כך יהיה אפשר לצקת תוכן קונקרטי לקביעתו של השופט חשין ש"לעולם, לעולם לא יהא אדם כקלף". למעשה, הצהרה זו יוצרת מחסום דאונטולוגי ("לעולם, לעולם") אשר הפעלתו נשענת על שאלה פרשנית (מתי יהיה אדם "כקלף מיקוח". בהקשר הזה אומר השופט חשין "נתקשיתי להבין כיצד זה שהעותרים הינם קלפים"). ואף שיש לתמוך במסקנתו של השופט חשין בנוגע לתוצאה האבסולוטית, השלב הפרשני שנקבע כתנאי להפעלת המחסום נותר בעייתי בפסק הדין. בעניין זה חשוב גם לציין שהאיסור להחזיק בני ערובה, שנקבע באמנת ז'נבה, הפך במרוצת השנים למנהגי וככזה – לנורמה הכובלת את ישראל.¹⁸

16 דיון נוסף קלפי המיקוח הלבנוניים, לעיל ה"ש 12, פסקה 7 לדעת המיעוט של השופט חשין.

17 שם.

18 בדיון נוסף קלפי המיקוח הלבנוניים, לעיל ה"ש 12, קובעת (באוביטר) השופטת דורנר באשר לדיני החזקת בני ערובה ש"יש אף הסוברים כי האיסורים החמורים שבאמנת ז'נבה, שהוצהרו בסעיף 146 לאמנה, ביניהם האיסור על החזקת בני ערובה, הגיעו עם חלוף השנים למעמד של דין בין-לאומי מנהגי" (בעמ' 766). לכך יש עיגון במאמרו של דינשטיין: Yoram Dinstein, *The Application of Customary International Law Concerning Armed Conflicts in the National Legal Order – Introductory Reports*, in NATIONAL IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW: PROCEEDINGS OF AN INTERNATIONAL COLLOQUIUM HELD AT BAD HOMBURG, JUNE 17-19, 1988, 29 (Michael Bothe ed., 1990)

אם נשתמש בטרמינולוגיה של רולס נראה, לכן, שמאחורי מסך של בערות¹⁹ לא היינו מסכימים בשום פנים להניח לרוב פוליטי לפגוע בזכויותינו בלא מנגנון בקרה שיפקח על כוח הפגיעה הזה. בה במידה סביר שלא היינו מסתפקים רק באמות מידה כלליות מסוג אלה המופיעות בפסקת ההגבלה של חוק היסוד (תכלית ראויה והמידתיות על שלושת מבחניה). דומה שהיינו מנסים לקבוע גבולות נוקשים יותר – המחייבים את הכול – בנוגע לפגיעה בזכויות היסוד. אם הדבר אפשרי, נודעת חשיבות להצהרת המדינה על גבולות כוחה, גם מבחינת חינוך התושבים והרצינות שמייחסים בה לשיח הזכויות. יש הבדל ניכר מבחינה זו בין שיח זכויות שבו הכול נתון לאיזון וניתן מבחינה עקרונית לפגיעה, לבין שיח זכויות שיש בו תחומי זכות המוגנים מפני אפשרות של פגיעה. השאלה כמובן היא אם היה הדבר עולה בידינו. האם אפשר להגשים בדרך סבירה את המשאלה הזאת, או שמא היא מחוץ לגדר היכולת האנושית, והניסיון לקבוע גבולות כאלה חרף המגבלה – רעותיו או סכנותיו עולות על טובתו?

בשפה קונקרטית מעט יותר ניכר הצורך לצייד את השיטה המשפטית בחסמים דאונטולוגיים במהותם, שיעמדו בפני חשיבה תועלתנית טהורה העלולה להביא לתוצאות קשות מבחינת הצדק. אמנם אפשר בדרך כלל לשכלל את החשיבה התועלתנית – בייחוד על ידי כך שמכניסים לתוכה שיקולים ארוכי טווח ותוצאות לוואי עקיפות ובלתי מכוונות באופן שהתוצאה שאליה מגיעים אינה שונה מהתוצאה שאליה מוביל מהלך דאונטולוגי.²⁰ אולם אפשר בהחלט לפקפק בהיתכנות המעשית של חשיבה תועלתנית משוכללת כזו, בשים לב בעיקר להגבלות ולאילוץ המבניים המשפיעים על מקבלי ההחלטות.²¹

- 19 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 136 (1971)
- 20 ראו ראם שגב "פגיעה בחפים מפשע במסגרת פעולות לסיכול טרור" דוד אנוך, עידו פורת, ראם שגב ומרדכי קרמניצר בלי כוונה: פגיעה בחפים מפשע בזמן מלחמה בטרור 17, 31-63 (2007), וכן מרדכי קרמניצר, במבוא לספר זה, בעמ' 9-17.
- 21 מרדכי קרמניצר "טרור ודמוקרטיה – המקרה של ישראל" המשפט 25, 1, 7-8 (2008).

3.2. שיח חוקתי של איזון – דוגמאות לבעייתיות

יש דוגמאות למכביר להמחשת החשש הזה. מערכת הצדק הפלילית האמריקנית של הרור האחרון והתוצאות המזעזעות שאליהן הובילה²² הן עדות למה שעלול

22 כך למשל, רק ב-2005 בוטלה בארצות הברית האפשרות להטיל עונש מוות על קטינים (Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 [2005]). עד לשנה זו הייתה ארצות הברית המדינה המערבית היחידה שהטילה עונשים אלה (מאז שנות השמונים), ולצדה נותרו רק עירק, פקיסטן, ערב הסעודית, תימן, ניגריה, קונגו וסין. דוגמה נוספת, ואחת מגי רבות לעניין זה (הגם שכנראה אחת המשמעותיות שבהן), ניתן למצוא ב"שיטת שלוש ההחטאות" (Three Strikes), שקנתה אחיזה בחלק מספרי החוקים במדינות ארצות הברית. הרעיון בבסיס גישה זו הוא שאדם המבצע שלוש פעמים עבירה מסוימת, יידון לעונש מאסר עולם או עונש אחר חמור ביותר (והאפשרות להקל בעונשו במקרים מיוחדים כמעט אינה קיימת, וגם אם קיימת ההקלה היא "קוסמטית" לגמרי), כמעט בלא קשר לשאלה איזו עבירה נעברה במקרה הנדון. הדוגמה המובהקת והמפורסמת ביותר לעניין זה נמצאת בקוד הפלילי של מדינת קליפורניה (בסעיף 667):

(א) אם לנאשם שתי הרשעות קודמות או יותר, כפי שהוגדרו בסעיף קטן (ד), שנטענו והוכחו, תקופת ההרשעה בגין מעשה הפשע הנוכחי תהיה מאסר עולם ללא קציבת זמן ופרק הזמן הבלתי קצוב המינימלי של גזר הדין יחושב כגדול מאלה:

(1) פי שלושה מפרק הזמן שנקבע לעברה שבגינה יורשע לאחר ההרשעות הקודמות האמורות.

(2) כליאה בכלא המדינה ל-25 שנים.

חוק זה, על טהרת החשיבה התועלתנית וההרתעה היעילה (והאכזרית) שבו, קסם גם לחלק ממחוקקי ארצנו, ובהצעת חוק פרטית הציע חבר הכנסת יוחנן פלסנר לאמץ את שיטת "שלוש המכות" גם אצלנו. בדברי ההסבר ניתן לראות ניסיון לא משכנע לטעון שחקיקה כאמור משקפת גם גישה גמולית ושיקומית, הרואה את האשמה כערך משמעותי, אולם בפירוש נכתב: "השיקול ההרתעתי, במקרים בהם מדובר בעבריינים שלא יודעים מורא חוק מהו וחוזרים ומסכנים את הציבור ללא רתיעה, חייב לשמש כשיקול מכריע מבין השיקולים השונים הבאים לידי ביטוי בענישה", וכן "ענישה המחמירה עם עברייני אלימות חוזרים הוכחה כאפקטיבית במדינת קליפורניה שבארצות הברית, על אף הביקורות השונות שהועלו כנגדה. כמו כן, הטלת עונשי מינימום על עבריינים ששבו וחזרו על עבירות בפעם השלישית מרתיעה עבריינים שכבר הורשעו ולכן אינה נתפסת כהרתעת יתר שעלולה לפגוע באזרחים שומרי חוק".

להתרחש אם אין מקבלים את אמת המידה של המגיע הגמולי כסף עליון, בלתי עביר, לענישה. אם משחררים את השיקול ההרתעתי מן הרסן של מידתיות גמולית, התוצאה עלולה להיות התאכזרות בלתי מידתית.

הבעייתיות שבהתעלמות מעקרון האשמה הקבוע בדיני העונשין מתחדדת כאשר תופעה זו נבחנת לאור מושג כבוד האדם שהוזכר לעיל: כאשר מתחשבים יתר על המידה בהרתעה הנוצרת מהעונש ומתעלמים מהאשמה האישית של האדם, מתייחסים אליו כאל כלי המאפשר את "חינוכה" של החברה. ובצורה מקבילה, חברה המענישה אדם רק בהתאם למעשיו מפגינה יחס של כבוד אל מבצע העברה בכך שהיא מכבדת את הבחירה שעשה ומאלצת אותו לקבל עליו אחריות למעשיו (כך לדוגמה, החברה המערבית אינה מענישה חיות על נזק שהן גורמות, ומסיבות דומות נקבע גם גיל סף מינימלי להרשעה בפלילים של בני נוער).²³ דוגמה ציורית לבעיה שבענישה החורגת מעקרון האשמה ניתן למצוא בסיפורו של קפקא "מושבת העונשין" שבו מתוארת מכונה ה"מענישה" מבצעי עברות בדרך אכזרית במיוחד ומושכת בתוך כך קהל רב לצפות בהוצאה להורג. וכך מסביר הקציין האחראי להפעלת המכונה לאורח המזדמן למקום את דרך הענישה המקובלת במושבת העונשין: "גזר-הדין שלנו אינו נשמע חמור. המשדדה רושמת על גופו

המילים מדברות בעד עצמן, אולם ראוי לשים לב כיצד נעשית הבחנה, אולי בלתי מודעת, בין "אנחנו" ל"הם", בין אזרחים שומרי חוק, שאין להם שום סיבה לדאגה מחוק זה, לבין עבריינים מועדים וחוזרים, שעליהם החוק מתוכנן להטיל את כובד משקלו ואימתו. לעניין זה ראו גם לסלי סבה "האם יש לאמץ את שיטת 'שלוש המכות' במגרש המקומי?" אתר האינטרנט של המכון הישראלי לדמוקרטיה 15.7.2008:

www.idi.org.il/breakingnews/pages/breaking_the_news_40.aspx (אתרי האינטרנט במאמר זה אווזרו לאחרונה בדצמבר 2010), והביקורות שמועלות שם על ההצעה. לביקורת נוספת ומקיפה על השינוי של מערכת הצדק האמריקנית בשנים האחרונות ראו James Q. Whitman, *What Happened to Tocqueville's America?* 74 SOCIAL RESEARCH 251-268 (2007)

ראו Mordechai Kremnitzer, *Constitutional Principles and Criminal Law*, 27 ISRA. L. REV. 84, 96 (1993): "כבוד האדם הוא הבסיס החוקתי לעקרון האשמה. [...] הטלת אחריות פלילית פירושה למעשה יחס של כבוד למבצע העברה: גינויו על הבחירה לנהוג כפי שנהג כאשר ברור שאפשר לדרוש ממנו ולצפות ממנו לנהוג אחרת באותן נסיבות".

של הנידון את הצו שעליו עבר. על גופו של הנידון הזה, למשל' – והקצין הורה על האיש – 'ירשם: "כבד את הממונה עליך!"'. [...] 'והוא יודע את גזר הדין שלו?' 'לא', ענה הקצין וביקש להמשיך בהסבריו, אך הנוסע שיסע אותו: 'הוא איננו יודע מהו גזר הדין שנגזר עליו?' 'לא', חזר ואמר הקצין [...] 'מה טעם להודיע לו את גזר הדין? הרי ילמד אותו על בשרו!' [...] 'אבל שהוא נידון, זאת לפחות הוא יודע!' 'גם זה לא', אמר הקצין וחייך אל הנוסע'.²⁴ דוגמה זו מבחירה היטב את הבעייתיות שבהעדפת ההרתעה על פני עקרון הענישה, אך אין צורך להגיע לשם כך עד הגבולות הקפקאיים של התופעה.

דוגמה אחרת היא המקרה של עינויים המלמד בראייה היסטורית עד כמה קל להצדיק את השימוש בהם, עד כמה האיסור לנקוט עינויים מתקשה לעמוד בלחצים, עד כמה חלקלק הוא המדרון: עד כמה מהיר המעבר משימוש בעינויים במקרים חריגים לשימוש שגרתי בהם – וכל זאת חרף קיומו של מה שנראה לכאורה כאיסור מוחלט. כך היה לאורך הדורות, כך נהגו ועדת לנדוי,²⁵ שירות הביטחון הכללי אחרי הדוח, בית המשפט העליון שגרר רגליים במשך תקופה ארוכה שבה התיירו למעשה השופטים את הפרקטיקות שעליהן המליצה ועדת לנדוי או לפחות נמנעו ממעשה שיפוטי ברור שישים להן קץ.²⁶ כך עשו באחרונה יועצים משפטיים בכירים בממסד האמריקני, וכך נהגו הממשל וסוכנויות המודיעין אחרי אירועי 11 בספטמבר.

24 פרנץ קפקא "במושבת העונשין" סיפורים 156 (אברהם כרמל מתרגם, 1993).

25 דין וחשבון ועדת-החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת (נובמבר, 1987) (להלן: דוח לנדוי). לביקורת על מסקנותיו של דוח לנדוי, בין השאר בדבר התרת השימוש בעינויים במקרים חריגים, ראו Mordechai Kremnitzer, *The Landau Commission Report – Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the Needs of the Security Service?* 23 ISRA. L. REV. 216, 247-264 (1989)

26 לכאורה, בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999) (להלן: בג"ץ העינויים), שם קץ לפרקטיקות האמורות. אף על פי כן, דוח עדכני של הועד הציבורי, שיצא לרגל עשור לפסק הדין, מציג תמונה אחרת. ראו הועד הציבורי נגד עינויים בישראל מתחת לכל ביקורת: היעדר חקירה וענישה של עינויים והתעללות בחקירות שב"כ (דצמבר 2009).

כל אלה בניגוד לאיסור החמור והמוחלט על עינויים המצוין במסמכים בין-לאומיים רבים.²⁷ בעיית העינויים במקרה של "פצצה מתקתקת" מחדדת את הפלוגתא בוויכוח הבסיסי יותר שבין חסידי התאוריה התוצאתית לדוגלים בגישה הדאונטולוגית,²⁸ מאחר שבמקרה זה התועלת הצפויה מהעינויים היא יחסית גדולה. ובאשר לכך ה"נזק", אפשר להצביע על קושי גדול "להבין" בדיוק עד כמה פוגעים העינויים בכבודו ובגופו של אדם, ולכן התפיסה התוצאתנית המסורתית רואה בעינויים מקרה של נזק מצומצם יחסית שיש לשקול אל מול

- 27 סעיף 2(2) לאמנה הבין-לאומית נגד עינויים (CAT) קובע: "שום נסיבות יוצאות דופן, בין מצב מלחמה או איום במלחמה, אי-יציבות פוליטית פנימית או כל מצב חירום ציבורי אחר, לא ישמשו הצדקה לעינויים". הנחיה דומה ניתן למצוא בסעיף 7 לאמנה הבין-לאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR) ובסעיף 3 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם, וכן בסעיף C(6) להצהרת פריז בדבר סטנדרטים מינימליים לזכויות אדם במקרי חירום (The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency). יצוין שגם הצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה והצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה חוקה בהסכמה (2005) קובעת בסעיף 15(ג) ש"אין לענות או לנהוג באדם באופן אכזרי, בלתי אנושי או הפוגע בצלמו". עם זאת, סעיף זה מוגבל על ידי פסקת ההגבלה של החוקה המוצעת (בסעיף 39).
- 28 ראו לדוגמה, Yuval Shany, *The Prohibition against Torture and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment and Punishment: Can the Absolute Be Relativized under Existing International Law?* 56 CATHOLIC UNIVERSITY LAW REVIEW 837 (2007); Oren Gross, *Are Torture Warrants Warranted? Pragmatic Absolutism and Official Disobedience*, 88 MINN. L. REV. 1481, 1492 (2004). יצוין שגם בוויכוח הזה קיימות עמדות ביניים, כגון זו של דניאל סטטמן במאמרו "שאלת המוחלטות המוסרית של האיסור לענות" *משפט וממשל* ד 161 (תשנ"ז). סטטמן טוען (בעמ' 163) ש"החובה שלא לענות אינה מוחלטת אם בכך הכוונה שהיא דוחה בהכרח כל שיקול מוסרי מתחרה", אך "היא מוחלטת במובן זה שהפרתה, גם אם היא מוצדקת, היא תמיד בגדר הפסד מוסרי". מסקנתו היא ש"קיימים טעמים טובים להתעלם במציאות האקטואלית [מהאפשרות של דחיקת האיסור לנקוט עינויים מפני חובות אחרות], ולהתייחס לאיסור נגד עינויים כאיסור מוחלט".
- לדיון נוסף בשאלת מוחלטות האיסור לנקוט עינויים ראו למשל Mordechai Kremnitzer & Re'em Segev, *The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue*, 34 Michael S. Moore, 25; *לעיל* ה"ש 25; 509 (2000) Kremnitzer; ISRA. L. REV. 280 (1989) *Torture and the Balance of Evils*, 23 ISRA. L. REV.

תועלת ניכרת. לעומתה, הגישה הדאונטולוגית בצורתה הקשיחה ביותר אינה מאפשרת שימוש בעינויים גם במקרים הקשים של "פצצות מתקקות". מתבקש לשאול: האם היה בית המשפט העליון שלנו מסוגל להגיע להכרעה (ואף להכרעה שהיא למעשה פה אחד) שלפיה אין היתר לענות בשום מקרה, ללא נורמה אוסרת כזו, בעלת אופי מוחלט, במשפט הבין-לאומי?

גם כישלוננו הראשוני – המתמשך מאוד בזמן – של בית המשפט העליון הישראלי בהתמודדות עם החזקת חטופים כקלפי מיקוח מלמד על חריפות הסכנה.²⁹ ניתן לתהות אם היה בית המשפט העליון הישראלי עומד בפרץ אלמלא חברו יחד ימים של רגיעה ותקווה³⁰ עם איסור מוחלט של המשפט הבין-לאומי ועם תקלה – במקרה של בני הערובה – ("אצבע אלוהים")? שגרמה לפרסום של מה שהיה אמור להיות חסוי ולפתיחת הנושא לעיניהם של הציבור הישראלי ושל דעת הקהל הבין-לאומית.

דוגמה אולי דרמטית פחות, אך מאירת עיניים לא פחות, היא האחריות המוחלטת בתחום הפלילי, שהצדקה לה היא תועלתנית מובהקת.³¹ באופן כללי

- 29 וראו לעיל ה"ש 18 ו-23.
- 30 פסק הדין בדיון הנוסף קלפי המיקוח הלבנוניים, לעיל ה"ש 12, ניתן בחודש אפריל בשנת 2000, כמה חודשים לפני פרוץ אירועי "גאות ושפל" (האינתיפאדה השנייה). תקופה זו נראתה כתקופת רגיעה ביטחונית. בג"ץ העינויים, לעיל ה"ש 26, ניתן אף הוא בתקופת רגיעה, בשנת 1999.
- 31 בפסק הדין בעניין מאור-מזרחי (ע"פ 17/59 מאור-מזרחי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד[2] 1882 [1960]), אחד מפסקי הדין המנחים בעניין אחריות מוחלטת, ופסק הדין שבו הונחה התשתית הנורמטיבית לקיומה של הדוקטרינה, קבע השופט ויתקון במפורש ששיקולי תועלת הם העומדים בבסיס ההסדר, ומאפשרים להקריב את הפרט, להרשיעו בפלילים ולגזור עליו עונש, גם כאשר אין כל עוול בכפו: "כאן נזקק המחוקק לסנקציה לא רק כדי לפקוד עוון על היחיד שחטא וסרח, כי אם בראש ובראשונה כדי להחזיר אל תוך הכרת הציבור דפוסי התנהגות חדשים, והוא משתמש בדיני העונשין [...] כדי להשיג דרכם מטרות סוציאליות מסוימות. משימתו היא בעיקר שהציבור כולו יסתגל לאורח החיים החדש שנגזר עליו [...] והענשת הסוטה מן השורה אינה אלא אמצעי המשמש את המטרה העיקרית הזו. מכאן שכל האספקט של אשמה מוסרית אינו שיקול מכריע בעבירות אלה" (בעמ' 1890; ההדגשות שלי). וראו גם עדי פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית, וערך כבוד האדם" מחקרי משפט יג 87, 95 (1996).

יותר ספק אם ניתן לקיים את העיקרון שלפיו רובץ נטל השכנוע בפלילים על התביעה ברמת ההוכחה של מעל לספק סביר בהתבסס על חשיבה תועלתנית בלבד. המקרים הלא מעטים של חריגים סטטוטוריים מן העיקרון האמור, המתבטאים בין השאר באיסורים של "אחריות מוחלטת", יוכיחו זאת. ואכן, אימוץ רעיון כבוד האדם כזכות מוחלטת מוביל לביטולה של האחריות המוחלטת.³²

3.3. שיח חוקתי של איזון – סכנות מיוחדות

לסכנות חמורות במיוחד חשופים ה"לא נחמדים", בעיקר מי שאין להם ייצוג פוליטי אפקטיבי,³³ "אחרים" – "לא אנחנו", ובייחוד מי שנתפס כ"אויב", כל מי שלא חל עליו הריסון של החשש לפגוע באחר פן ניפגע אנחנו, פן יבולע לנו. הצירוף של "אחרות" ותחושה של סכנה, אמיתית או מדומה, חמורה וקרובה או קלה ורחוקה, שאליה עשויים להצטרף פחד ואיבה, הוא צירוף קשה ביותר מבחינת הכוחות הדורסניים כלפי זכויות בסיסיות של בני אדם שהוא מצמיח. הלכי הרוח הציבוריים עשויים לתבוע ביטחון בכל מחיר, ביטחון ויהיה המחיר, אשר יהיה. כאשר הצירוף הזה מביא להכרזת מלחמה, נפרצים כמעט כל הסכרים,

32 קרמניצר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 97, וכן מרדכי קרמניצר "לזכרו של השופט אגרנט" משפטים כב 6 (1993), והדברים שם על עמדת השופט אגרנט בדיון הנוסף בעניין גדיסי (ד"נ 11/65 גדיסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ[1] 57 [1966]).

33 התבוננות חטופה ביחס השונה כלפי עצירים מנהליים יהודים לעומת עצירים מנהליים פלסטינים, לרבות סוגיית העינויים, מספקת מקור השוואה הולם לנקודה זו. דוגמה נוספת לאותו עניין ניתן למצוא בתפיסת לחימה שקנתה לה אחיזה בצה"ל בתקופת האינתיפאדה השנייה, תפיסה של "נוהל שכן" – שימוש בתושבי המקום שלא פשעו כדי להגיע למבוקשים. במסגרת ניהול זה משמשים התושבים מעין "מגן" לכוחות צה"ל. נוהל זה נפסל בבג"ץ 3799/02 עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז, תק"על 2005 (4) 49 (2005). למותר לציין שלא יעלה על דעתנו שימוש בניהול כזה כאשר נדרש ללכוד רב-עבריינים ישראלי.

אכן, הדוגמאות לעניין זה רבות ומגוונות. ניתן לראות את היחס השונה גם במדיניות אטימה והריסת בתים (לא עלה על הדעת רעיון להרוס בית מחבלים יהודים), או במדיניות החנינה על פשעי טרור שהוחלה על יהודים בלבד.

וקולן של המוות – הקול הצלול, קר הרוח, המבקש שקילה רציונלית ומידתית-נעלם כלא היה, ולכל היותר הוא מתבטא בנעימת פיקולו קלושה.³⁴ בייחוד במצבים כאלה מתגבר הצורך האנושי – החזק מאוד ממילא – למצוא צידוק לכל מה שנעשה בשמנו ועבורנו, ובשל היכולת האנושית לטהר כל שרץ בק"ן טעמים גדול החשש שלא יקשה כלל למצוא צידוקים לכל מעשה עוול.

דוגמה לצירוף של "אחרות" ותחושה של סכנה ולהשפעתו הפוגענית על זכויות האדם בשקלול תועלתני יכולה לשמש ההעדפה המוחלטת של שיקולי

34 ראו למשל את אמירתו של השופט חשין בבג"ץ 1730/96 סביח נ' האלוף בירן, פ"ד (1) 353 (1996), העוסק בסוגיית הריסת הבתים, שבה קבע השופט חשין כי "גם בהריע שופרות המלחמה ישמיע שלטון החוק את קולו, אך נודה על אמת: באותם מחוזות קולו כקול הפיקולו, זך וטהור אך נבלע בהמולה". אמירה זו מבטאת באופן מדויק רעיון זה של היחלשות שלטון החוק בשעת מלחמה עם ה"אחר".
כך עמד השופט חשין בפרץ בבג"ץ 2006/97 ג'נימאת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651 (1997) וברעת מיעוט אמיצה ניסה למנוע מטעמים אלה את הריסת ביתם של הורי המבוקש. גישה שונה ניתן לראות בעמדותיו של השופט חשין בנושאים מגוונים, כגון בדבר הריסת בתים באינתיפאדה השנייה (למשל, בג"ץ 3363/03 בקר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק"על 3|2003 [185] (2003)). אותה גישה ניכרת בפסקי דין אחדים של בית המשפט העליון, כגון בפרשת קלפי המיקוח הלבנוניים, לעיל ה"ש 12, ובעניין איחוד המשפחות וחוק האזרחות, בג"ץ 7052/03 עראלה נ' שר הפנים, תק"על 2006 (2) 1754 (2006). תופעה זו אינה ייחודית לישראל. פרשת קורמטסו, לעיל ה"ש 11, היא דוגמה עגומה נוספת לקלות שבה ניתן להשתמש בכוח הפוגע בכבוד ה"אחר", גם כאשר אין כל ראייה קונקרטית להתנהלות פסולה או לסכנה ממית המיוחסת לנפגעים.

גם במשפט הפנימי, שאינו מושפע מ"קולות מלחמה" ומצורכי ביטחון דוחקים, הדין מבחין לעתים בין "אנחנו" ל"הם", וכאשר הוא עושה כן, אינו בוחל באמצעים. ראו, למשל, הסנקציות החריפות, והקלות יחסית להטלה (ב"זכות" חזקות משפטיות הקבועות בחוק), בכל הנוגע לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, נ"ח 526.

חיזוק נוסף לקלות שבה משפיעה ה"אחרות" על השימוש בכוח והסברים משוערים לה ניתן לקרוא גם בספרו של הפסיכולוג פיליפ זימברדו PHILIP ZIMBARDO, THE LUCIFER EFFECT: UNDERSTANDING HOW GOOD PEOPLE TURN EVIL 222-224, 281-288 (2007)

ביטחון על פני זכויות העציר המנהלי אצלנו, ככל שמדובר בטיב החשרות והראיות שאינם מובאים לידיעתו של העצור כאשר צפויה פגיעה בביטחון המדינה.³⁵ ניתן להנגיד גישה זו עם התפיסה שהזכות להליך הוגן נחשבת לחלק מהזכות לכבוד האדם. בהליך שאינו הוגן כרוך אלמנט של השפלה, וכאשר לא נשמר מינימום של הוגנות בהליך, הופך האדם מסובייקט לאובייקט ונעשה בו שימוש למטרות שמחוצה לו.

מתבקש לגזור מכך שכאשר מונעים מהעצור לדעת מה מיוחס לו, ומשום כך אין ביכולתו להגן על עצמו, נגרמת פגיעה בלתי נסבלת לכבודו האנושי, ומכך חייבת השיטה המשפטית להימנע.

יצוין שהמשפט הבין-לאומי יצר כלים להתמודדות עם הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות אדם במצבי חירום. נקודת המוצא היא שגם אם "מצב חירום" עשוי להצדיק פגיעות חריפות יותר בזכויות אדם מבימי שגרה, באמצעות "דרוגציה",³⁶ אין בו כדי להצדיק פגיעה בלתי מידתית בזכויות אדם, ויש זכויות שאינן ניתנות

35 לעניין זה לא חסרות דוגמאות. ראו למשל האמירות העקרוניות בפרשת כהנא, עמ"ס 1/80 כהנא נ' שר הביטחון, פ"ד לה(2) 260, 253 (1981): "אין לקבוע ככלל בל יעבור, שאי גילוי פרטים לעציר ולבא-כוחו מחייב דחיית בקשה לאישור המעצר", וקביעתו של הנשיא ברק בדיון נוסף קלפי המיקוח הלבנוניים, לעיל ה"ש 12, שאכן לעתים עצור מנהלי לא ידע את התשתית העובדתית למעצרו.

האמירות מצאו ביטוי הלכה למעשה בפרשות נוספות: השופט גרוניס בפרשת פדרמן, עמ"ס 8788/03 פדרמן נ' שאול מופז שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176 (2004), קבע ש"על העצור לנהל את מאבקו כנגד צו המעצר כשעיניו מכוסות ואחת מידיו קשורה. במילים אחרות, העצור מוצא עצמו כשהוא מוגבל באמצעים העומדים לרשותו במערכה שהוא מנהל כנגד צו המעצר. הצידוק לקביעתו של הסדר כזה, הפוגע באופן קשה בחופש הפרט, נמצא בסיכון הקיים לביטחון המדינה והציבור". בפרשת אופן, עמ"ס 4794/05 אופן נ' שר הביטחון, תק-על 2005 (2) 3417 (2005), קבע בית המשפט העליון שבמקרה הנדון לא היה אפשר לגלות לעצור הביטחוני את הראיות למעצרו, מכיוון שראיות אלו יפגעו בביטחון המדינה (באשר הן יחשפו את שיטת העבודה של השב"כ). השופט עדיאל קבע כי ידוע לו ש"תוצאה זו מערימה מכשול כבר על יכולתו של המערער להתגונן מפני הצו. אולם, תוצאה זו פעמים היא תוצאה הכרחית, אשר נגזרת ממהותו ומאופיו של הליך המעצר המנהלי".

36 מעין היתר "חוקי" לפעול בניגוד לחוק.

ל"דרוגציה". תפיסה זו ניכרת, בין השאר, מכותרת מסמך בין-לאומי מרכזי בתחום – "הצהרת פריז בדבר סטנדרטים מינימליים של זכויות אדם במקרי חירום"³⁷.

37 סעיף B(1) להצהרת פריז קובע:

בשעת חירום המדינה הנוגעת ברבר רשאית לנקוט אמצעים שיצמצמו את חובותיה לכבד את הפרטים בשטחה הכפופים לשיפוטה ולהבטיח להם את זכויות האדם והחירויות הזוכות להכרה בין-לאומית, אך אין היא רשאית לצמצם זכויות בין-לאומיות קבועות אשר על פי תנאיהן שלהן אינן ניתנות להשעיה ואינן נתונות לצמצום.

בצורה דומה קובע סעיף 4 לאמנה הבין-לאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות – ICCPR:

1. בשעת חירום המאיימת על חיי האומה ועל קיומה, שהוכרזה רשמית, המדינות החברות באמנה רשאיות לנקוט אמצעים לצמצום חובותיהן על פי האמנה להיקף המדויק המחויב מדחיפות המצב, בתנאי שאמצעים אלה אינם מנוגדים לחובותיהן האחרות לפי החוק הבין-לאומי ואינם כרוכים בהפליה אך ורק על בסיס גזע, צבע, מין, שפה, דת או רקע חברתי.
2. לא יצומצמו הוראות סעיפים 6, 7, 8 (פסקאות 1 ו-2), 11, 15, 16 ו-18 מכוח הוראה זו.

סעיף 17(1) להצהרת פריז קובע: "כל אדם המואשם בעברה פלילית זכאי לתנאים המינימליים שיבטיחו משפט הוגן בשוויון מלא ובלא הפליה, והם:
(1) הזכות לקבל דיווח מפורט ומדויק במה מאשימים אותו;
[...]".

גם הצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה קובעת בסעיף 188(ה):

אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות את הוראות החוקה, להפקיע זמנית את תוקפן או לקבוע בהן תנאים, ואולם מותר להורות בתקנות שעת חירום על פגיעה בזכויות המנויות בשער זכויות יסוד של האדם או על דחיית מועדים לפי חוקה זו, ובלבד שהפגיעה בזכויות או דחיית המועדים תהיינה תוך כדי שמירה על ערכיה של המדינה, לתכלית חיונית ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש. על אף האמור לעיל, לא תותר בתקנות שעת חירום אפליה מטעמי גזע, דת, לאום, מין, עדה, ארץ מוצא, מוגבלות או מכל טעם אחר, לא יותר עונש מוות, ולא יותרו עינויים או עבדות וההדגשה שליו.

3.4. חיים מול כבוד אנושי –

זכות אינטואיטיבית מול זכות שאינה אינטואיטיבית

ומן הכללי יותר אל הזכות לכבוד אנושי. דווקא לנוכח מה שנאמר בפתח הדברים על הזכות לחיים עולה החשש לכשל באיזון בין זכויות אינטואיטיביות כגון הזכות לחיים, הזכות לשלמות הגוף ואולי גם הזכות לחירות, לבין זכויות לא אינטואיטיביות כגון חופש הביטוי, הכבוד האנושי ואולי גם הזכות לפרטיות.³⁸ גדול החשש שמא לנוכח סכנה לחיים – אפילו היא קלושה ורחוקה – יוטו כפות המאזניים לטובת הזכות לחיים ונגד הזכות לחופש הביטוי או הזכות לכבוד אנושי המונחות על הכף האחרת בצורה שאינה פרופורציונלית. הסיכון לחיים נתפס כמאיים ומסוכן במיוחד על ידי כל אדם, ואילו חשיבותם של הכבוד האנושי ושל חופש הביטוי אינה מובנת לכול.

גם הרתיעה הטבעית מפני פגיעה בחיי אדם בעקבות הטאבו החברתי בגנות פגיעה כזו אינה מתקיימת, ודאי לא באותה מידה, כאשר מדובר בכבוד אנושי או בחופש הביטוי. לא צריך דמיון רב כדי לתאר עד כמה קל להגביל את חופש הביטוי, ועד כמה עלולה המגמה להגבילו להיות עזה, אם יוצאים מנקודת ההנחה שלביטוי יש כוח משפיע³⁹ – הנחה שהתרבות שלנו מיוסדת עליה (לעומת הגישה שמילים אינן יכולות להזיק באופן ממש).⁴⁰ השימוש החברתי

38 יש סכנה שבגלל התפתחויות טכנולוגיות, אי-בהירות מושגית והיעדר הפנמה של חשיבות הזכות – הזכות לפרטיות תהיה למרמס.

39 ראו למשל ראם שגב (בהנחיית מדרכי קרמניצר) חופש הביטוי: הצדקות וסייגים (2008). שגב דוחה את הטענה שביטויים אינם גורמים נזק, משום שגם אם אינם גורמים נזק ישיר, הרי שהשפעתם על התנהגות אנושית עלולה להביא לנזק, ומהווה שיקול חשוב להגביל ביטויים. ראו הדברים בעמ' 167: "מכיון שבפועל אין ספק שלעיתים אנשים מושפעים מביטויים, אף כאשר הם פועלים בצורה אוטונומית (במידה כזאת או אחרת), הגבלת ביטויים עשויה לתרום למניעת פעולות לא מוצדקות (ומזיקות לעיתים) הנעשות בעקבות ביטויים" (ההדגשות שלי).

40 גישה זו משתקפת בפתגם האמריקני: "מקלות ואבנים יכולים לשבור את עצמותי, אך מילים לעולם לא יפגעו בי" "Sticks and stones may break my bones, but words will never hurt me". כפי שניתן להיווכח, להבדלים התפיסתיים הללו גם נפקויות מעשיות רבות.

הרווח מאוד בסטראוטיפים, בדעות קדומות, בהשקפות גזעניות, וחשוב מזה – הזיקות החזקות שיש לאנשים למסגרות ההשתייכות שלהם, בעיקר מבחינה דתית ולאומית, היוצרות אצלם מחויבות מיוחדת והערכה מיוחדת לפרטיקולרי על חשבון האוניברסלי, מלמדים עד כמה רחוקה התרבות מלכבד את האדם באשר הוא אדם. אין צורך בדמיון רב כדי להבין את היתרונות שבעמדה גזענית, שהמחזיק בה מצליח לרומם את עצמו מעל לזולתו, מעצם המהויות הנבדלות – שלו ושל האחר – בלי להיזקק למאמץ כלשהו.⁴¹

על רקע דברים אלה ואחרים המבהירים את הקלות שבה נשלל חופש הביטוי ואת החשבת הביטויים לכלי העלול לגרום לתוצאות קשות, אפשר להבין את המעמד המיוחד, הלכאורה מוחלט, שבו זכה חופש הביטוי בתיקון הראשון לחוקה האמריקנית. כך ניתן להבין גם את המעמד המיוחד שלו זקוק הכבוד האנושי על מנת שיוכל לזכות, בסופו של דבר, ב"כבוד" המגיע לו.

לפי גישה זו מתבקשת אפוא הבנה אחרת, לא לשונית ולא כפשוטו, של מושג "המוחלט" החוקתי. אין הכוונה ל"מוחלט" שהוא באמת מוחלט, אלא מדובר באמצעי לרומם את הזכות מעל למעמדה המקובל ולצייד אותה במשקל סגולי שהוא חיוני כדי לתת לה סיכוי להתמודד עם הזכויות האינטואיטיביות. כלומר, התכלית איננה להעניק הגנה מוחלטת אלא להשתמש במוחלטות הנורמטיבית כדי לאפשר הגנה ראויה על הזכות, שאם לא כן לא הייתה זוכה בה.

לפי הניסיון האמריקני אפשר גם לומר משהו על ההשלכות והמשמעות של מהלך כזה – ההגנה על חופש הביטוי במשפט האמריקני אינה מוחלטת, אולם חופש הביטוי מוגן בארצות הברית יותר מבכל מדינה אחרת. באופן דומה אפשר להעריך שבפרשת דשנר⁴² אפשרה ההגנה המוחלטת על כבוד האדם במשפט

41 ז'אן פול סארטר הרהורים בשאלה היהודית: "הדבר שרוצה האנטישמי... הרי זה מותו של היהודי" (מנחם ברינקר מתרגם, 1978). ראו לדוגמה דברים אלה (בעמ' 16): "בהתייחסי ליהודי כאל ישות נחותה ובזויה, הריני מודיע כי שייך אני לאלוהים [...] איני צריך לעשות מאומה כדי לזכות בעליונות זו, וגם איני עלול לאבדה".

42 בעניין דשנר (LG Frankfurt/M. NJW 2005, 692) דובר בנער שנחטף בעיר פרנקפורט. דשנר כיהן כסגן מפקד תחנת המשטרה בעיר, והוא הורה לאיים על החשוד בחטיפה בשימוש בכוח פיזי ובעינויים. האיומים צלחו והחוטף התוודה. בעקבות המקרה הועמד דשנר לדין פלילי ואף הורשע. פסק דין זה נתפס כדוגמה לכך שאף הצלת חיים אינה עילה מספקת לפגיעה בכבוד האדם (פגיעה שהתבטאה באיום לענות את החוטף).

הגרמני לבית המשפט לתת הגנה משמעותית יותר על הכבוד מההגנה – כך ניתן להעריך – שהייתה מוענקת בשיטות משפט אחרות שאין להן מחויבות דומה לכבוד האנושי.⁴³

מכאן אולי נפתח פתח להבנת הפסיקה החוקתית הגרמנית. פסיקת בית המשפט החוקתי שם אמנם נקטה את הגישה הלא צפויה של מתן משמעות רחבה לכבוד האנושי (לא צפויה משום שהצפוי הוא שזכות המוגנת באופן מוחלט תזכה דווקא לפרשנות מצמצמת על מנת שלא להגיע לתוצאות בלתי רצויות), אולם כמעט תמיד, אם לא תמיד לחלוטין, עשתה כן בהסתמכות על השילוב שבין הזכות לכבוד אנושי ובין זכות אחרת (בעיקר הזכות למימוש ופיתוח עצמי)⁴⁴ או עיקרון חוקתי נוסף. לכבוד האדם כשלעצמו, כשהוא לבדו, ניתן אפוא למעשה מרחב מחיה מצומצם מאוד. באמצעות שיטה זו נפתחה הדרך לאיזון בכל המקרים שאינם בתחום הגרעין היסודי והצר של הכבוד האנושי, והמשמעות העיקרית הרווחת יותר של מוחלטות הזכות הפכה להיות המשמעות של חיזוק זכויות או עקרונות אחרים שיש להם זיקה לכבוד האנושי או יסוד משותף עמו (כגון פרטיות או הליך הוגן) בהליך של שקלול ואיזון, בלי שהחיזוק מנביע בהכרח הכרעה לטובת הזכות המשודרגת, ומכל מקום לא במלוא ההיקף.

שיטה זו, אף שאין היא חסרת ערך, מעוררת שאלות ובעיות לא פשוטות: בהבנה שמדובר במוחלטות מסויגת, כיצד לערוך את הסיוג? כיצד להבטיח ודאות משפטית בעריכת סיוג שהוא לכאורה מנוגד ללשון החוקה? כיצד לשמור על היושרה (ה"אינטגרטי") של מהלך פרשני כזה שבמבט ראשון נוגד את

43 גם פרשת חוק ההגנה האווירית (או פרשת המטוס החטוף – 1 BvR 357/05, שניתנה ב־2006) ממחישה מגמה דומה. בפרשה זו פסל בית המשפט החוקתי חוק שקבע כי בסיטואציה שבה כלי טיס עתיד לשמש כנשק נגד בני אדם הנמצאים על האדמה, נתונה לשר הביטחון הסמכות להורות על הפלתו של כלי הטיס (הוראה זו נחקקה בעקבות פיגועי 11 בספטמבר, שבהם פוצצו אנשי אל־קאעידה מטוסים חטופים על אזורים רוויי אוכלוסייה). את קביעתו ביסס בית המשפט על הפגיעה בזכות לכבוד אנושי והפגיעה בזכות לחיים (של נוסעי המטוס). ניתן לתהות אם אכן מדובר כאן בפגיעה בכבוד (להרחבה ראו בהמשך רשימה זו).

44 סעיף 1(2) לחוקה הגרמנית קובע: "כל אדם זכאי להתפתחות חופשית של אישיותו [...]"

החוקה? האין דרך חלופית להשיג באופן ישיר וישר את מה שמבקשים להשיג בדרך החתחתים של מוחלטות שאינה מוחלטת?

3.5. השיקולים הנוגדים

השיקולים הללו נחלקים לשניים – סוג המתנגד לקביעות מוחלטות כאשר הן, וסוג המתמקד בבעייתיות הקשורה לכבוד האדם דווקא כזכות מוחלטת. אפתח בהתנגדויות הכלליות.

שיקולים כלליים

בהתחשב באין סופיות המצבים והנסיבות האפשריים, גם כאלה שהדמיון אינו חוזה אותם עתה, קביעה מוחלטת עשויה להתברר כבלתי הולמת בהתקיים נסיבות מסוימות.

נורמות משפטיות, ובייחוד נורמות חוקתיות בתחום ההגנה על זכויות האדם שהן קשות במיוחד לשינוי והשלכותיהן עשויות להיות רחבות מאוד, צריכות, לכן, לקיים או לשמר מידה של גמישות שתאפשר את התאמתן לנסיבות משתנות או בלתי צפויות. מן הבחינה הזאת ראוי להתייחס בספקנות ובחשדנות לנורמה חוקתית המבקשת להגן באופן מוחלט על זכות יחידה. עם זאת אין להתעלם ממשקלו המוגבל של השיקול האמור: יש לא מעט נורמות פרוצדורליות, משטריות, חוקתיות שהן מוחלטות; אפשר, בעיקרון, במסגרת חוקתית להבחין בהיקף ובעוצמת ההגנה על הזכות בימים של שגרה ובשעת חירום,⁴⁵ ומובן שבדרך כלל אפשרי תיקון של החוקה, גם אם הוא עשוי להתארך.

שיקול נוסף הוא שהקביעה שזכות מסוימת היא מוחלטת מביאה לידי כך שכל טענה חוקתית מבקשת למצוא לה אחיזה במסגרת אותה זכות, שכן אחיזה כזו הופכת ל"קלף מנצח" אוטומטי. התוצאה ההכרחית היא לחץ להרחבת הזכות ולפחות במישור הציבורי – גם סכנה לזילות שלה עקב כך. יתר על כן, התחרות

45 ראו למשל סעיף 4 לאמנה הבינ-לאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות – ICCPR, לעיל ה"ש 37.

על ההשתייכות ל"קבוצה המנצחת" עלולה לעורר את ההרגשה שמה שאינו כבוד האדם ממש, או לפחות קשור אליו, אינו בעל חשיבות מספקת. כלומר כבוד האדם הופך, או עלול להפוך, למסמן חשיבות, וכך אולי אפשר להבין את ההיזקקות של הפסיקה הגרמנית לכבוד האדם בדיון בהפסקת היריון – כביטוי לתחושה שרק כך אפשר להעביר מסר חזק בדבר חשיבות חייו של העובר.⁴⁶ מן הכיוון ההפוך, מוחלטות הזכות, היעדר כל תהליך של איזון בינה ובין זכויות אחרות, מובילים בהכרח לחשיבה שמתמקדת בתוצאה המשפטית של הגנה מוחלטת ובלתי מסויגת במקום למיקודה במהות הזכות ובהיקפה לפי טיבה. התוצאה עלולה להיות – אף שבמשפט הגרמני זה לא קרה – תפיסה צרה מאוד, צרה מדי, של הזכות (למשל הזכות לכבוד אנושי), ולהתמקדות בגרעין הקשה שלה בלבד, שכן ברור שהשוליים של הזכות אינם ראויים להגנה מוחלטת. אף על פי כן הם בכל זאת ראויים להגנה, ומהלך מצמצם כזה עלול לשלול אותה מהם. כנגד הביקורת על השקלול התועלתני אפשר לטעון שגם איסורים מוחלטים – כגון האיסור לנקוט עינויים במשפט הבינלאומי – אינם מועילים: אפשר לעקוף אותם, בין השאר על ידי פרשנות צרה במיוחד של האיסור, כפי שנהגה ארצות הברית באיסור לנקוט עינויים ויחס אכזרי, משפיל או בלתי אנושי.⁴⁷

46 בגרמניה נדונה חקיקה שאפשרה הפסקת היריון. בית המשפט דן בחוקיותה בראי כבוד האדם (של העובר), והגיע בסופו של דבר לכלל מסקנה שהפסקת היריון מותרת בתנאים הקבועים בחוק רק ב-12 השבועות הראשונים להיריון. טענתנו היא שלו היה מאזן בין כל זכות אחרת, אפילו הזכות לחיים, ובין החוק, ייתכן שלא היה בית המשפט יכול להגיע לתוצאות אלה. ראו BVerfGE 39, 1, וכן פסק הדין המאוחר יותר בנושא, שבו נקט בית המשפט גישה דומה, BVerfGE 88, 203.

47 לאיסורים הבינלאומיים ראו לעיל ה"ש 27. ליישומם ולפרשנותם בארצות הברית (ולביקורת על גישה זו) ראו למשל Jonathan Canfield, *The Conflict between U.S. Policy towards a Condemnation of Human Rights and International Prohibitions against the Use of Torture*, 33 HOFSTRA L. REV. 1049 (2005): "ארצות הברית יישמה הגדרה לעינויים שהיא צרה הרבה יותר מההגדרה שבמשפט הבינלאומי, וכתוצאה מכך הרחיבה את הגבולות של מה שנתפס כהתנהגות מותרת" (בעמ' 1089). ראו גם Krishma C. Parsad, *Illegal Renditions and Improper Treatment: An Obligation to Provide Refugee Remedies Pursuant to the Convention against Torture*, 37 DENV. J.

על כך אשיב: אין אני טוען ליתרון מוחלט אלא ליתרון יחסי. יש הבדל בין שיטה משפטית המתנגדת לכללים מוחלטים ומתייחסת אליהם בעוינות לבין שיטה משפטית המפנימה אותם ומכבדת אותם. בשיטה מן הסוג הראשון השפעתם ותועלתם של כללים מוחלטים היא מוגבלת, ואילו בשיטה מן הסוג השני יש לכלל המוחלט סיכוי טוב יותר להיות מקוים. ותעיד על כך שיטת המשפט הגרמנית בהקשרה של פרשת דשנר.⁴⁸

שיקולים הנוגעים לכבוד האנושי

גם מבחינת הזכות לכבוד אנושי עצמה אפשר להעלות טיעונים המתנגדים למוחלטותה – האופי העמום והרחב של הזכות לכבוד אנושי הופך אותה לבעייתית במיוחד כזכות מוחלטת, בייחוד אם קושרים בה זכויות רבות כפי שנעשה במשפט הגרמני ובמשפט הישראלי.⁴⁹ תפיסת הכבוד האנושי כזכות מוחלטת מביאה לתוצאות בלתי רצויות, שלא לומר מעוותות, בייחוד כאשר היא מתנגשת בזכות חשובה אחרת כחופש הביטוי. העיוות מתבטא בכך שחופש הביטוי אינו זוכה להגנה כלל, וגרוע מזה הוא אינו זוכה כלל להתייחסות, מפני שבאופן א-פריורי אין כלל מקום לתחרות ולאיזון. פסקי דין שניתנו בגרמניה בסוגיות של חופש הביטוי, כמו בעניין מפיסטו

INT'L L & POL'Y 681 (2009); Jens David Ohlin, *The Torture Lawyers: Whether They Should Be Held Liable for Their Advice to George W. Bush's Administration in Support of Torture*, 51 HARV. INT'L L.J. 193 (2010); John T. Parry, *Escalation and Necessity: Defining Torture at Home and Abroad*, in TORTURE: A COLLECTION 145, 150-154 (Sanford & Levinson eds., 2004); Jeffrey F. Addicott, *Does the United States Engage in the Use of Torture or Similar Illegal Practices in the War on Terror?*, 92 KY. L.J. 849, 873-879 (2004)

לעיל ה"ש 42. 48

ייתכן שלפחות בכל הנוגע לישראל היה שונה המצב לו הייתה מכוננת חוקה או מגילת זכויות המעגנת זכויות בסיסיות כגון שוויון, חופש הביטוי, חופש הדת ומדת או קיום מינימלי בכבוד. בהיעדר אלה, דומה שאין בנמצא דרך אחרת להעניק לזכויות אלה את ההגנה החוקתית שהן ראויות לה. 49

ובעניין השר שטראוס,⁵⁰ ממחישים היטב את הבעייתיות הזאת. אפשר, לדעת, להתווכח אם הצגתו של השר שטראוס בקריקטורה כחזיר המקיים יחסי מין עם אישיות משפטית בכירה היא אכן השפלה שלו. העמדה בנושא זה תלויה בשאלת פרשנותה של הקריקטורה: האם היא מבקשת להצביע על יחסים בלתי ראויים, מלוכלכים, מגונים מבחינת ההיגיינה הציבורית והמוסר הציבורי בין שטראוס לבין אותה אישיות משפטית, או שמא ביקשו להציג את שטראוס כמי שנעדר תכונת אנוש? כשלעצמי, הפירוש הראשון נראה לי סביר יותר, ומכל מקום לא ברור לי כיצד ניתן לסתור אותו כפירוש סביר אפשרי. אך גם אם אין מקום

50 בפרשה הידועה בכינויה פרשת מפיסטו ((30 BVerfGE 173 (1971)), תבעו בני משפחתו של גוסטב גרונדגנס, שחקן שלאחר מותו נכתב עליו הספר "מפיסטו", את היוצרים בגין הוצאת לשון הרע ופגיעה בכבוד המת. בית המשפט הכריע לטובת השם הטוב (הנקשר לכבוד האדם) ושלל את חופש הביטוי במקרה הנדון. יש לשים לב שבכך העדיף בית המשפט באופן מובהק את כבודו של המת על פני חופש הביטוי. לעניין זה ראו גם Gotz Bottner, *Protection of the Honour of Deceased Persons - A Comparison between the German and the Australian Legal Situations*, 13.1 BOND LAW REVIEW 109, 112-113 (2001). בפרשת שטראוס ((75 BVerfGE 369 (1987)), נדונה השאלה אם סדרת קריקטורות במגזין קונקרט, שהציגו את השר פרנץ יוזף שטראוס ואישיות משפטית בכירה ברשויות התביעה כחזירים המקיימים יחסים אינטימיים, חוסה תחת ההגנה של חופש הביטוי (סעיף 5 לחוקה) או שמא היא פוגעת בכבוד האדם. ייתכן שהקריקטורות פורסמו בעקבות "פרשת דר-שפיגל" (בעקבות ביקורת חריפה על מוכנות גרמניה למלחמה שפורסמה בעיתון דר-שפיגל, הביא שטראוס למעצרים של רבים מעובדי העיתון, להעמדתם לדין ולסגירת העיתון למשך שבועות מספר). השאלה הגיעה לבית המשפט החוקתי לאחר שעברה בשלוש ערכאות (תחילה הרשיע בית המשפט המקומי את המפרסמים בהשמצה. ערכאת הביניים, בית המשפט המחוזי, הפכה את התוצאה, אולם בית המשפט המחוזי לערעורים השיב על כנה את ההרשעה). בעתירה החוקתית בנושא פסק בית המשפט החוקתי שחופש הביטוי אכן מגן על הקריקטורה באופן כללי, אולם באיזון הראוי בינו לבין הפגיעה שגרם לכבוד האדם, ירו של האחרון היא בהכרח על העליונה, ויש להגביל את חופש הביטוי במקרה הנדון. לדוגמאות נוספות ולהרחבת הדיון בקשר שבין חופש הביטוי לבין כבוד האדם (על עליונותו ומוחלטותו) במשפט הגרמני ראו RONALD J. KROTOSZYNSKI, *THE FIRST AMENDMENT IN CROSS-CULTURAL PERSPECTIVE: A COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS OF THE FREEDOM OF SPEECH* 102-118 (2006)

לפירוש כזה, הכרעה בנושא זה שאינה בוחנת כלל את חשיבות האינטרס להגן על חופש הביטוי בנסיבות המקרה לוקה בעיניי בחוסר סבירות קיצוני.⁵¹ גם נוסחת "האמצעי" הגורסת שלעולם אין להתייחס אל אדם כאילו היה רק אמצעי או כאל אמצעי בלבד,⁵² שהיא לדעתי מועילה, בעייתית כהצדקה למוחלטות הזכות, שכן לעתים אין מנוס מלהתייחס אל הפרט כאל אמצעי בלבד, למשל כשהוא מקור סכנה לכלל (למשל מפיץ מחלה קטלנית בנשימתו), וכן בחלק מהמקרים החוסים תחת הגנת הצורך בפלילים (כאשר היא נתפסת כמובן של צידוק ולא של פטור). אפשר, כמובן, להביא לצמצום היקף התחולה של נוסחת האמצעי אם מתנים אותה בעמדה סובייקטיבית של התייחסות (פנימית) אל אדם אחר באופן שרירותי וכאל אמצעי,⁵³ אולם לא עניין פשוט הוא לייחס

51 אי-אפשר גם לשלול לחלוטין את הסכנה שלתוך מושג הכבוד האנושי יחררו, מבלי משים ובלא אזכור, נימות עתיקות אך עדיין חזקות מאוד של כבוד חברתי, תפקודי ומעמדי, ואינני בטוח שלא חדרו כאלה להחלטה בענייניו של שטראוס.

52 בבסיס נוסחת האמצעי מונח הצו הקטגורי של קאנט, המנביע את המסקנה שהאדם הוא תכלית לעצמו, ולעולם, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה, אסור שייעשה בו שימוש ככאמצעי בלבד (ודוק, לא מדובר בהתייחסות לאדם כאל אמצעי ותכלית גם יחד, שכן יחס כזה עשוי להיות ראוי). גישה זו קיבלה ביטוי במשפט הגרמני בכתבתו של דוריג (Günter Dürig) ואומצה פעמים רבות בפסיקת בית המשפט החוקתי. לפי גישה זו כפשוטה, אין מטרה בעולם המצדיקה את הקרבתו של הפרט ואת שלילת ערכו. מלבד הקשיים העיוניים העולים מגישה זו (ראשית, שלעתים הימנעות משימוש באדם כאמצעי בלבד שקולה לשימוש באדם אחר כאמצעי בלבד. שנית, הרעיון שגם יחס אל האדם כאל אמצעי בלבד לא בהכרח מפחית מערכו ומחשיבותו של האדם, והטענה שחשיבות זו היא הערך שאותו נרצה לשמור ולא דווקא את היות האדם מטרה או תכלית), הרי שגישה מוחלטת זו מתקשה לעתים לעמוד בכל התרחישים שמספקים לנו החיים במציאות חברתית-פוליטית כבימינו (הדוגמה הקלסית העולה בספרות בהקשר זה, אולם לצערנו לא מעט פעמים אנו נאלצים להתמודד אתה בחיי המעשה, היא הדוגמה של הריגת אדם אחד לשם הצלת רבים אחרים).

53 ביטוי לגישה זו ניתן למצוא באחד מפסקי הדין הראשונים והמכוננים של בית המשפט החוקתי בעניין ההגנה על הפרטיות (BVerfGE 30, 1). בפסק הדין דובר בעתירה בעניין הסייג (הקבוע בחוקה) לזכות לפרטיות של דברי דואר והודעות תקשורת אחרות, בטענה שהסייג פוגע בכבוד האדם. על פי הסייג, במקרה של סכנה ליסודות הדמוקרטיה או לביטחון המדינה, ניתן לפגוע בפרטיות המוענקת לפרט באמצעות

יסוד סובייקטיבי לפעולות ולאמצעים שלטוניים, כגון חוק או תקנה, והתנאה כזו עלולה גם להביא לעומת זאת לצמצום יתר. הכוונה של "המשפיל" היא נתון רלוונטי להערכת סיטואציה של השפלה, אולם היא אינה נתון הכרחי כדי לייצר השפלה, מאחר שיייתכנו מצבים שבהם אדם יושפל בלי שהתכוונו להשפילו.⁵⁴ לא ברור גם אם נוסחת האמצעי תופסת רק מה שהוא אמצעי להשגת מטרה במובן הצר או גם תוצאת לוואי בלתי רצויה, אם הסתברות התרחשותה היא קרובה לוודאי. בהכרעה בשאלה זו תלוי ניתוח פסק הדין של בית המשפט החוקתי הגרמני בנושא חוק ההגנה האווירית.⁵⁵ מבחינת המחוקק ומי שאמורים ליטול חלק בפעולה של יירוט המטוס, המתת הנוסעים הבלתי מעורבים בחטיפה איננה אמצעי במובן הצר, שכן לשם השגת מטרתם אין מותם של נוסעי המטוס נחוץ, ואף אינו רצוי, שהרי הישארותם בחיים תהיה עבור המיירטים מקור לשמחה. עם זאת הם מודעים ברמת הסתברות גבוהה מאוד לכך שיירוט המטוס יביא למותם של אותם נוסעים.⁵⁶

חוק, בלא דרישה כי תימסר לנפגע הודעה על קיום הפגיעה. מלבד הפגיעה בפרטיות עצמה, נלוות לפגיעה גם פגיעות אחרות בייצוגו של הנפגע ובזכות הטעון שלו. בית המשפט אישר את חוקתיות הסייג. נקבע שאין מדובר בהליך שהופך את הפרט לאובייקט ותו לא, שכן אין מדובר בהחלטה שרירותית ובהליך המבטל את האינטרסים של הפרט כפרט. במרכז ההליך לא עומדת פגיעה בזכות הפרט מתוך שרירות לב אלא ההגנה על קיומה של הדמוקרטיה.

54 ראו למשל Avishai Margalit, *The Decent Society* 10 (1996): "אין השפלה בלא אנשים שיגרמוה, אולם יכולה להיות השפלה בלא 'משפילים', במובן זה שגורמי ההשפלה לא התכוונו להשפיל".

55 ראו גם לעיל ה"ש 43. בהסבירו את הפגיעה בכבוד האדם במקרה הנדון, פגיעה שהביאה לפסילת חוק ההגנה האווירית, התבסס בית המשפט על "נוסחת האמצעי", וקבע שנוסעי כלי הטיס (המאיים על חייהם של הנמצאים על הקרקע) הופכים לאובייקט, אמצעי לשם הגנתם של אחרים.

56 ואכן, אחת הטענות שהועלו בעד החוק היא שחיי הנוסעים ממילא עומדים להסתיים בקרוב, ולכן יירוט המטוס מותר. בהנמקתו התייחס בית המשפט גם לנושא זה של ההסתברות להתרחשות תוצאת לוואי בלתי רצויה, אולם לא קישר אותה במישורין לנוסחת האמצעי, אלא רק ציין שהסתברות כאמור אינה מצדיקה נטילת חיים ודאית שתגרם מיירוט המטוס. את הטענה הזו קישר בית המשפט לזכות לכבוד, אולם במובן אחר. הוא פסק שגם אם תקבל כוודאית הטענה ההסתברותית שחיי הנוסעים ממילא קצרים, עדיין אין לפגוע בכבוד, ואין נפקא מינה כמה זמן נותר לנוסעים, שהכבוד האנושי שלהם עומד על הכף, לחיות.

נקודה נוספת, העולה גם מדיוננו בסוגיית העליונות של הזכות לכבוד אנושי, היא שלא מתקבל על הדעת שהזכות לכבוד אנושי תהיה מוחלטת כאשר תישקל מולה הזכות לחיים. גם אם השקלול של שתיהן עשוי להביא להעדפה של הזכות לכבוד אנושי בנסיבות מסוימות (למשל בהקשר של היזקקות לעינויים לשם הצלת חיים), ההכרעה הזאת חייבת להיות פרי שקלול עדין ומורכב. היא איננה יכולה לבוא לעולם מתוך עיוורון ואי־התחשבות בזכות הנמצאת מנגד. שיטה כזו אמנם מוקירה מאוד את הכבוד האנושי, אך היא כרוכה בזילות קשה של זכויות אחרות, ובהן הזכות לחיים. סדר חוקתי ראוי אינו יכול להרשות לעצמו עמדה חד־ממדית כזו.⁵⁷ יתרה מזו, גם בהנחה שהכבוד האנושי הוא זכות המוגנת באופן מוחלט, אין בכך כדי לפתור מצבים שבהם משני צדי המתרחש מונח כבוד אנושי: למשל חטוף הנתון להשפלה קשה ומי שנחשד כחוטף העשוי לגלות את מקום הימצאו של החטוף אם יושפל בחקירתו.

ראוי גם להביא בחשבון את הסכמת חכמי המשפט הגרמנים שלמרות קרוב לשישים שנה של פסיקה וכתובה עיונית, לא עלה בידי המשפט הגרמני לגבש תפיסה ברורה ומקובלת של תוכן הזכות לכבוד אנושי. יתר על כן, הפסיקה עושה, כאמור, שימוש תדיר בנוסחה של שילוב בין הזכות לכבוד אנושי לבין זכות אדם נוספת או עיקרון חוקתי אחר (כמו מדינת חוק) באופן שמאפשר לה להימנע מהתמודדות חזיתית עם שאלת המהות וההיקף של הזכות לכבוד אנושי כשהיא לעצמה. נתונים אלה מעוררים ספק בנוגע לתבונה שבאימוץ גישתו של המשפט הגרמני.

57 גם אם הנורמה האוסרת השפלה (שהיא בגרעין הזכות לכבוד אנושי) היא חלק מהמשפט הבינ־לאומי המנהגי כנורמה מוחלטת (ראו למשל סעיף 3 לאמנת ז'נבה הרביעית), דומה שיש לה הקשר מסוים, ולא נכון לנסחה כאיסור גורף על כל אקט משפיל – למשל אקט משפיל הננקט על ידי פרט. ומוכן שבכל הנוגע לאיסורים מוחלטים, וגם לא מוחלטים, נשאלת השאלה כיצד להגדיר השפלה. ייתכן שניתן להיעזר בהגדרתו של אבישי מרגלית, חתן פרס ישראל, ואולי להקיש ממנה קריטריון להגדרת הפגיעה בכבוד האנושי. ראו מרגלית, לעיל ה"ש 54, בעמ' 9–27. לשיטתו, ההשפלה מוגדרת כהתנהגות המספקת "סיבה הגיונית ומוצקה" (sound reason) להרגיש פגיעה בכבוד. הגדרה זו מבוססת על שני יסודות – האחד "אובייקטיבי", בוחן את סבירות ההתנהגות ואם היא יוצרת סיבה כללית לחוש פגיעה בכבוד, והשני "סובייקטיבי", דורש שהיא תיצור לאדם עילה לחוש פגיעה בכבודו במקרה הנדון (ואין הכרח שאכן גרמה לו לחוש מושפל).

3.6. מוחלטות הכבוד האנושי במשפט הישראלי – האומנם?

אני סבור כי כיוון פורה עשוי להיות חיפוש דרך ביניים, בין ההתנגדות לבין התמיכה: מחד גיסא, ניסיון לאתר את הצרכים האמתיים שמעמד מוחלט של הזכות לכבוד אנושי בא לענות עליהם; ומאידך גיסא, מגמה של הימנעות מן הקשיים שעליהם הצבענו. הכיוון המסתמן הוא הימנעות מהענקת הגנה מוחלטת לכבוד האנושי. הטעמים העיקריים לכך הם אופיו העמום מדי והעובדה שלא במלוא היקפו הוא מתאים וראוי להגנה מוחלטת. עם זאת ניתן לגזור מן הכבוד האנושי היבטים מסוימים שראוי להגן עליהם הגנה מוחלטת או כמעט מוחלטת. אפשר לאתר שני מקורות השראה עיקריים להגנה כאמור על נגזרות מסוימות, ספציפיות ומוגדרות, של כבוד האדם: ראש לכול המשפט הבין-לאומי, והמקור האחר – שישים שנות פסיקה גרמנית שאפשר לראותם כ"ניסיון במעבדה" המאפשר להציע "מועמדים" להגנה מוחלטת, או כמעט מוחלטת, ברמה החוקתית.

בלי להתיימר להציג כאן רשימה מלאה וסגורה של ההיבטים הללו, תובא כאן שורה של "מועמדים" להגנה מוחלטת או כמעט מוחלטת.

השדה הפלילי הוא כר ראוי לאיתור היבטים כאלה. במובן הדוקטרינרי כבר הזכרנו את עקרון האשמה כרף עליון לענישה ואת ביטול האיסורים של האחריות המוחלטת כמתחייבים מהזכות לכבוד. על אלה ניתן להוסיף איסור על הטלת אחריות פלילית על אדם שלא דבקה בו אשמה אישית למעשה עברייני, שכן בלא אשמה כזו, הטלת האחריות הפלילית מבוססת כולה על שימוש באותו אדם כאמצעי להשגת תכלית חיצונית לו. איסור דומה צריך לחול על הטלת כל עיצום (עונש או אמצעי מנע) שלא על יסוד אשמה או מסוכנות אישית, ובמילים אחרות – על הטלת עיצום קולקטיבי או עיצום שאינו מבוסס על אחריות אישית. בנוסף, כבר הוזכרו האיסורים (גם המוחלטים) לנקוט עינויים ולקחת בני ערובה. על אלה יש להוסיף את תופעת העבדות האסורה.⁵⁸ בהשוואה לעינויים

58 ראו סעיף 2 לאמנה נגד עבדות (1926), האמנה האירופית נגד עבדות (1950), הצהרת פריז לסטנדרטים הומניטריים מינימליים (סעיף C(2)). האיסור על עבדות קיבל ביטוי באחרונה גם בספר החוקים הישראלי, עם חקיקת סעיף 375א לחוק העונשין, האוסר החזקה בתנאי עבדות, וסעיף 377ב לחוק, הקובע עונש מינימלי על ביצוע העברה. האיסור קיים גם בהצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה, בסעיף 16(ב).

תופעת העבדות אינה מייצרת ערך תועלתני חיובי גם במצבי קיצון (כגון "הפצצה המתקתת"), ולכן אין השגות תאורטיות על הניסיון לבטל לחלוטין את העבדות. נראה שבמקרה זה הערכים של כבוד האדם מצד אחד, וחירותו של האדם מצד אחר, מתכנסים. אין מתמודד מולם אינטרס או ערך חזק, ולכן ההגנה המוחלטת על כבוד האדם בסיטואציות של עבדות אינה בעייתית. מדובר במקרה הפרדיגמטי של שימוש באדם שלא כתכלית לעצמו.

דוגמה טובה ל"מועמדת" נוספת כזו היא הנורמה האוסרת על עונש המוות בצורה מוחלטת. הסיבה לכך היא הפגיעה הקשה של עונש המוות בכבוד האדם, הן בהקשר של איסור השפלה (ההקשר הסטנדרטי) והן בהקשר של חובת ההתייחסות לאדם כתכלית לעצמו.

ראשית, יש לתת את הדעת על כך שנידון למוות יודע את שעת מותו ויכול לצפות אותה, שלא כשאר חברי הקהילה האנושית. ההשפעות הפסיכולוגיות על אדם בעקבות ידיעת יום מותו הן קשות במיוחד, ואפשר בהחלט לראות בהן השפלה ואף עינוי המכניסים את עונש המוות להיבט הצר של כבוד האדם כערך שמטרתו למנוע השפלה ומחייב יחס בהתאם.⁵⁹

שנית, בשל אותו שיקול אפשר לטעון כי אין הלימה בין עונש המוות, הנגזר ומוצא אל הפועל על ידי המדינה, לבין מעשה הרצח שבגיניו הוא מוטל,

59 ראו לדוגמה, Amanda K. Eklund, *The Death Penalty in Montana: A Violation of the Constitutional Right to Individual Dignity*, 65 MONT. L. REV. 135 (2004).

לא אנושי להכריח מישהו לחיות בידיעה שמותו קרב במהירות, והדבר מהווה עינוי פסיכולוגי משפיל. אסיר בתא הנידונים למוות מגיב על הידיעה על המוות הממשמש ובא בדרכים מגוונות: אמנם אחדים נראים חזקים מאחרים, אבל כולם סובלים ייסורים נפשיים והשפלה [...]

במאמרו "היבטים פסיכיאטריים של עונש המוות" הפסיכיאטר לואיס ז'וליון ווסט [West] מציב על כך ש"כולם חייבים למות, אבל רק האסיר הנידון למוות חשוף לייסורים הנוראים של המתנה ממושכת – לעתים של שנים, מעונה על ידי התקווה – להרג המכוון [...]

פסיכיאטרים שחקרו אסירים נידונים למוות כינו לאחר מכן את הידיעה של היחיד על הזמן והמקום של המוות הצפוי לו כ"נראה שזוהי החוויה האנושית המלחיצה ביותר.

ושלכן העונש חורג מן ה"מגיע" הגמולי.⁶⁰ היטיב לבטא זאת אלבר קאמי: "כדי להגיע לשוויון [בין הפשע לעונש], מן הדין שעונש המוות יעניש פושע אשר יגלה מראש לקורבנו את מועד הריגתו במוות מחריד ושמאיתו רגע ואילך יכלא אותו למשך חודשים רבים, כשהוא נתון לחסדיו. מפלצת מעין זו אין מוצאים בחיים האזרחיים".⁶¹

יש לציין שטענה זו מתאימה גם למקרים של מאסר עולם בלא אפשרות של שחרור מוקדם כתופעה פסולה הפוגעת בכבוד האדם (במובנו כאיסור השפלה): כפי שאדם היודע את יום מותו המדויק סובל ממה שניתן להגדיר עינוי, כך גם אסיר היודע שלעולם לא ישתחרר. ההשפעות הפסיכולוגיות של מאסר בלא סיכוי להשתחרר לעולם חמורות לאין שיעור מההשפעות של מאסר עם סיכוי להשתחרר. התוצאה היא אבדן התקווה של האסיר ובעקבותיה אבדן צלם אנושי.⁶² לדידו של האסיר, הוא הוקע סופית מהחברה ואין לו סיבה להתנהג בצורה

60 ראו בועז סנג'רו "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט" עלי משפט ב 127, 147-151 (התשס"ב).

61 אלבר קאמי הרהורים על הגיליוטינה 53 (עדינה קפלן מתרגמת, 2008).

62 סוגיה זו התעוררה במפורש בפסיקת בית המשפט החוקתי בגרמניה (אז מערב גרמניה) בשנת 1977. שופט שנדרש להטיל מאסר עולם על פי החוק הגרמני, ביקש מבית המשפט החוקתי לדון בחוקתיותו של עונש מאסר העולם לאור הזכות לכבוד אנושי. לענייננו חשובה בעיקר הטענה שמאסר עולם הופך את האסיר ל"שבר כלי" מבחינה פיזית ופסיכולוגית, ושולל לחלוטין את תקוותיו להמשך. אף שאישר את חוקתיות מאסר העולם (וקבע שהטענה האמורה לא הוכחה במידה הראייתית הנחוצה), הדגיש בית המשפט שאישור זה תלוי בקיומה של מערכת ראויה והוגנת של קציבת העונש והפיכתו ממאסר עולם למאסר לתקופה מוגדרת. את הכרעתו ביסס בית המשפט על כך שכעניין מעשי כמעט אין מצבים שבהם אדם ממשיך לרצות את המאסר עד מותו הלכה למעשה, לאור ההסתברות הגבוהה ביותר לקציבת העונש ולקיצורו. לחיזוק טענה זו ולניתוח מפורט יותר של פסק הדין, ראו גם LEON S. SHELEFF, ULTIMATE PENALTIES 133-137 (1987)

וראו למשל כיצד מפרש הורטון את אחד השיקולים המרכזיים שהנחו את בית המשפט בפסיקתו האמורה: K. C. Horton, *Life Imprisonment and Pardons in the German Federal Republic* 29 INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 530, 533 (1980) [...] העובדה שאפילו הפושע המסוכן ביותר הוא בן אנוש, ויכול להישאר כזה רק אם יש לו תקווה בחייו לעתיד".

חברתית. רק הסיכוי, קלוש ככל שיהיה, לשחרור מוקדם (אפילו אם ההקדמה של השחרור היא קצרה), מאפשר לאדם להאמין שהחברה עוד תולה בו תקוות. זאת ועוד, מאסר עולם בלא בררת שחרור מוקדם שקול למעשה להודעה לאדם על הדרך שבה הוא ימות, ועל המקום שבו הוא ימות, גם אם היום הספציפי של המוות אינו ידוע לו, וממילא לזמן המדויק לעתים קרובות אין משמעות מכיוון שכל הימים בכלא נראים דומים מאוד. ההשפעה הפסיכולוגית של ידיעת עובדות אלה קרובה מאוד להשפעות שצוינו לעיל בנוגע לעונש המוות.

קטגוריה משפטית נוספת אשר במסגרתה ניתן לטעון לאיסור אבסולוטי בשל הפגיעה בכבוד האדם היא הקטגוריה של פשעים נגד האנושות.⁶³ כשמבוצעים פשעים נגד האנושות, מלבד הפגיעה הקשה בקשת נרחבת ביותר של זכויות אדם נפגע בפעולות אלה גם הגרעין של מושג האדם עצמו ושל האנושיות הטבועה בכל אחד מהאינדיווידואלים – פגיעה זו היא המבחינה בין פשעים "נגד האנושות" ובין פשעים "רגילים" יותר. בלשונו של אחד החוקרים:

הפשע נגד האנושות מכחיד (לצמיתות או לזמן מה) או מנסה להכחיד את האדם כבן אנוש. הוא נוהג בו כבחפץ – כרכוש או כמכשול שיש להסיר וכדומה – כמשהו שאין לו ולא יכול להיות לו מקום בעולם כישות אנושית. עבדות, רצח עם והיריון כפוי – כולם נראים מצבים ברורים שבהם נפגע הרבה יותר מהכבוד.⁶⁴

במילים אחרות, לא רק זכויותיו של הסובייקט האנושי נפגעות, מותקפת גם הלגיטימיות של האדם עצמו כאדם, ומכאן נפתחת הדרך להתייחס לאדם כאל אובייקט.

63 כבר אמנת ז'נבה מ-1949 אוסרת על הפעולות האלה (ההרגשות שלי): "אלימות כלפי חיים ואדם [...] הטלת מום, יחס אכזרי ועינויים; התעללות בכבודו של אדם, בייחוד השפלה ויחס מזלזל".

64 ראו Jonathan Yovel, *How Can a Crime Be against Humanity? Philosophical Doubts Concerning a Useful Concept*, 11 UCLA J. INT'L & FOR. AFF. 39 (2006)

דוגמה נוספת, אינטואיטיבית פחות, היא הנורמה הקובעת את זכותו של אדם שלא להפלייל את עצמו. הוראה זו, הקבועה במשפט הישראלי⁶⁵ והאמריקני⁶⁶, בין השאר, תוארה בספרות כזכות אדם בסיסית.⁶⁷ הקשר בין הזכות להימנע מהפללה עצמית ובין כבוד האדם בהקשר הקאנטיאני שלו הוא קשר מורכב: ראשית, ללא האיסור על הפללה עצמית, למדינה יינתן כוח גדול מדי ועמו הפיתוי לענות עצורים כדי שיוודו בפשעים (עיקרון נוסף שמופעל "בסדר שני").⁶⁸ שנית, ובהקשר הדוק יותר לכבוד האדם במובנו הקאנטיאני, כאשר אדם מעיד נגד עצמו המדינה הופכת אותו לכלי נגד עצמו:

65 סעיף 47(א) לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971, נ"ח 421 קובע: "אין אדם חייב למסור ראייה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה", ואולם עולה טענה חזקה שזכות זו מתאינת (ולכל הפחות נחלשת מאוד) לנוכח האפשרות להסיק מסקנות שליליות משתיקה, שכן סעיף 152(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982, ס"ח 43, קובע: "הימנעות הנאשם להשיב לאישום או לשאלות בית המשפט כאמור בסעיף קטן (א) עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה".

לסקירה רחבה, מקומית ומשווה, על הזכות של אדם להימנע מהפללה עצמית ראו גיא רוטקופף החיסיון מפני הפללה עצמית וזכות השתיקה במשפט הישראלי: יישומם הראוי לאור טעמיהם בשיטות משפט שונות (עבודה לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, 2005).

66 התיקון החמישי לחוקת ארצות הברית קובע: "שום אדם [...] לא יחויב בשום משפט פלילי להעיד כנגד עצמו".

67 לדוגמה ראו Scott A. Trainor, *Comparative Analysis of a Corporation's Right against Self-Incrimination*, 18 FORDHAM INT'L L.J. 2139 (1995) "[...] העיקרון ששום אדם לא יחויב להפלייל עצמו בהליך פלילי יכול להתאפיין כזכות אדם בסיסית" (...). "the principle that no one should be compelled to give (...) evidence against himself in a criminal proceeding can be characterized [as a fundamental human right]"

68 ראו בנושא זה לדוגמה Melinda S. Blackman, *Constitutional Law: United States v. Balsys: Setting a Boundary for the Self-Incrimination Clause*, 53 OKLA. L. REV. 127 (2000) גם אריאל בנדור, במאמרו "גבייה של הודאת נאשם וקבילותה – מטרות, אמצעים ומה שביניהם" פלילים ה 245 (התשנ"ו), מדגיש כי מעצר בישראל שימש לעתים קרובות בעבר כאמצעי להוצאת הודאה מנאשם, באופן המתקרב לעינויים מצד המדינה (במקרים שבהם המעצר היה בתנאים קשים מאוד).

אינך מאלץ את האסיר לנעול עצמו בתאו מדי לילה, כפי שאינך מעניש את ילדתך השוכבה בהכרחתה לזרוק בעצמה את צעצועיה האהובים – גם אם נעילת האסיר או לקיחת צעצועי הילדה הן עונשים מקובלים, כך הוא רק כשמנהיגה אותם רשות חיצונית מתאימה.⁶⁹

במקרה של הפללה עצמית המדינה מכריחה את האדם להיות כלי להרשעתו שלו. נוסף על כך, כאשר אדם מעיד נגד עצמו, נוצרת בתוכו כפילות שבטעיה הוא חייב להיות, במידת מה, אדיש לגורלו. יצירת הכפילות הזאת כנפשו של אדם על ידי המדינה היא האסורה, והיא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם, מכיוון שהתוצאה של המהלך הזה היא השפלה.⁷⁰ יצוין שאיסור ההפללה העצמית הוא אחד המקרים הבודדים שבהם בית המשפט בגרמניה ראה לנכון להצהיר על הפגיעה בכבוד האנושי כערך העומד בזכות עצמו.⁷¹ גם מחוץ למשפט הפלילי יש היבטים של הכבוד שאולי ראויים להגנה מוחלטת. כך למשל לא תינקט פעולה מנהלית הפוגעת בזכויות יסוד של הפרט

69 ראו David Luban, *Lawyers as Upholders of Human Dignity (When They Aren't Busy Assaulting It)*, U. ILL. L. REV. 815, 833 (2005). במקור:

You do not make the inmate lock himself in his cell each night, just as you do not punish a naughty child by making her throw away her favorite toys — even if locking up the prisoner or taking away the child's toys are acceptable punishments when they are administered by an appropriate outside authority.

70 שם:

זה סוג יוצא דופן של התנכרות עצמית, כאילו האינטרס היחיד שיש בעניין הוא האינטרס של המדינה בבירור האמת וחלוקת האשמה. להיות יעד כנגד עצמך מחלק אותך לשניים: חלק אחד הוא האינדיווידואל השואף להתחמק מהרשעה, והחלק האחר הוא נציג המדינה, ולחייב אותך להעיד כנגד עצמך מכפיף את החלק הראשון לאחרון. למעשה, כך נוהגים באינדיווידואל כבדבר חסר משמעות – כאילו אישיותו ואנושיותו פשוט אינן קיימות או חשובות. גם אם השפלה אינה המטרה בחיוב מישוהו להעיד כנגד עצמו, הרי שכפי שמשפילים אדם בכך שמכריחים אותו לקבוע את עונשו שלו, השפלה היא הפועל היוצא מכך.

71 ראו BverfGE 105, 38, בעמ' 114-115.

(כגון חירותו או רכשו) בלי שניתנה לאותו פרט זכות טיעון בעניין הכוונה לפגוע בזכות מזכויותיו. לשם מימוש זכות טיעון כזאת חייב להימסר לפרט מידע על המיוחס לו, שיאפשר לו להיערך לשטיחת טענותיו.⁷² פגיעה כאמור בלי שניתנה לפרט אפשרות אפקטיבית לטעון נגדה מניחה פרט שהוא אובייקט, שוללת ממנו את תכונתו כסובייקט ויש בה יסוד מובהק של שרירות והשפלה. "מועמד" נוסף למעמד מוחלט או כמעט מוחלט, שאולי מקדם את הדיון צעד אחד רחוק יותר, הוא ההיבט של הכבוד האנושי שעניינו הבטחת קיום מינימלי. ייתכן שהיבט זה, שקנה לו אחיזה גם בפסיקת בית המשפט העליון,⁷³ ראוי להגנה מוחלטת על אף הקשיים שהוא מעורר בהיותו היבט "פוזיטיבי" של הגנה על הכבוד (להבדיל מהמובן הנגטיבי של הגנה על הכבוד, שהוא אינטואיטיבי יותר וקשור לאיסור ההשפלה), וזכות "חברתית" (להבדיל מזכות "אזרחית"). עם זאת נראה שגם בעניין זה מתקיים קשר מובהק להיבט של הימנעות מהשפלה. חיים מתחת למינימום הדרוש לקיום בכבוד יש בהם משום השפלה, גם אם לא במובן הקאנטיאני.

בפסק דין גרמני שניתן השנה⁷⁴ קבע בית המשפט החוקתי שתיקון לחוק אשר שינה את מערך הקצבאות של מחוסרי העבודה אינו חוקתי, משום שאופן חישוב הגמלאות פוגע בזכות לקיום מינימלי בכבוד. פסק דין זה, המצביע על הכרה בזכות לקיום בכבוד כבעלת קשר הדוק ביותר למובנו הצר של כבוד האדם,⁷⁵

72 זכות זו הוכרה בבית הדין האירופי לזכויות אדם, A. v. U.K, App. No. 3455/05, ECHR (20.2.2009), שפסיקתו אומצה לאחר מכן בבית הלורדים האנגלי בפרשת Secretary of State v. AF (No. 3) [2009], UKHL 28. וראו גם אלעד גיל "מעצר מנהלי במדינה יהודית ודמוקרטית – עיון מחדש" אלעד גיל, יוגב תובל וענבר לוי (בהנחיית מרדכי קרמניצר ויובל שני) אמצעים חריגים למאבק בטרור: מעצר מנהלי, הריסת בתים, גירוש (2010).

73 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד (3) 464, בפסקאות 12-16 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005). למרות ההכרה העקרונית בחוקתיות הזכות, במקרה שנדון שם נדחתה העתירה.

74 1 BvL 1/09, שניתן ביום 9.2.2010. להרחבה ראו אבישי בניש "בג"ץ וקיום בכבוד: אפשר גם אחרת" (אתר האינטרנט של המכון הישראלי לדמוקרטיה, 29.4.2010): www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/196.aspx

75 הזכות לכבוד היא אשר שימשה את בית המשפט בהנמקת הקביעה בדבר חוסר החוקתיות.

יכול לשמש פתח חשוב ורצוי גם לבית המשפט הישראלי בדונו בסוגיה.⁷⁶ יתרה מזו, מפסק הדין הגרמני אפשר לאמץ גם את ההגדרה של קיום בכבוד, החלה גם על היבטים קיומיים-פיזיים וגם על היבטים של השתלכות חברתית, תרבותית ופוליטית – להבדיל מ"מודל המחסור הקיומי" שאימץ בית המשפט העליון המעיד על הכרה חלקית ביותר.

יתרה מזו, מכיוון שההכרה בזכות כאמור תלויה בהגדרת רף לקיום מינימלי (שהוא תוצאה של מדיניות סוציאלית וממילא משקלל בתוכו את המשאבים שיש למדינה להעניק), נראה שאין מהפכה גדולה או חידוש בקביעה הצהרתית שמתחת לרף זה מוטלת על המדינה חובה מוחלטת לשמור על כבוד הפרט.⁷⁷ התבססות על תפיסתו של אבישי מרגלית מספקת, אולי, מועמדת נוספת לזכות מוחלטת.⁷⁸ כזכור, מרגלית מבסס את הגדרת ההשפלה על סיבה הגיונית ומוצקה להרגיש מושפל. ניתן לומר שהזכות שלא לסבול מיחס משפיל על רקע גזעני (או כל עילת הפליה "מוכרת") מצד המדינה היא מוחלטת. אכן, ההגנה על זכות זו נגזרת גם מהזכות לשוויון, שבמגילת זכויות או חוקה מתוקנת היא ערך יסוד העומד כשלעצמו. אולם טענתי היא שההשפלה הכרוכה באקט כזה מצדיקה הגנה מוחלטת.⁷⁹

76 בניש, לעיל ה"ש 74.

77 אעיר שבפסק הדין המשמעותי ביותר בעניין הזכות לקיום בכבוד בישראל הוא פסק הדין בעניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 73, ביטל בית המשפט את הצו שהורה לרשויות לקבוע מהו הרף המינימלי לקיום בכבוד. ככל שפנינו מביטות קדימה, יש לכך חשיבות מכרעת. היעדר צו כאמור שולל הלכה למעשה את האפשרות להפוך את הזכות לניתנת לאכיפה ראויה. ואכן, בפסק הדין הגרמני, לעיל ה"ש 74, הטיל בית המשפט חובה על המחוקק ליצוק תוכן קונקרטי לזכות באמצעות קביעת הצרכים הדרושים לקיום בכבוד בהליך שקוף ונתון לביקורת, ואף הטיל את הצדקת גובה הרף על כתפי המדינה. לעיל ה"ש 57.

79 לעניין זה ראו את דברי השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, בפסקה 4 לפסק דינה (1995), שבה קבעה שלא כל היבטי השוויון מוגנים חוקתית במסגרת הזכות לכבוד, אלא ההיבט של איסור השפלה: "ספק בעיני אם ניתן – ועל-כל-פנים, אם ראוי – לקבוע על דרך פרשנות כי תכליתו של חוק-היסוד היא לספק הגנה חוקתית לעקרון השוויון הכללי [...] דעתי היא איפוא כי חוק-היסוד מגן מפני פגיעה בעקרון השוויון כאשר הפגיעה גורמת להשפלה, כלומר לפגיעה בכבוד האדם באשר הוא אדם" (ההדגשות שלי).



מקורות

ספרים

- מודריק אבן-חן, הילי, לוחמים בלתי חוקיים או חקיקה בלתי חוקית? על חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים (התשס"ב-2002), מחקר מדיניות 58 (2005).
- סארטר, ז'אן פול, הרהורים בשאלה היהודית: "הדבר שרוצה האנטישמי... הרי זה מותו של היהודי" (מנחם ברינקר מתרגם, 1978).
- סנג'רו, בועז, הגנה עצמית במשפט הפלילי (2000).
- קאמי, אלבר, הרהורים על הגיליוטינה (עדינה קפלן מתרגמת, 2008).
- קמיר, אורית, שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם (2004).
- קפקא, פרנץ, "במושבת העונשין" סיפורים 156 (אברהם כרמל מתרגם, 1993).
- קרמניצר, מרדכי, האם הכל כשר בהתמודדות עם הטרור? על מדיניות ההריגה המונעת (הסיכול הממוקד) של ישראל ביו"ש ועזה (2006).
- שגב, ראם, חופש הביטוי: הצדקות וסייגים (2008).

DREIER, HORST, VOL. I, GRUNDGESETZ KOMMENTAR (2. Auflage, 2004).

—, VOL. III, GRUNDGESETZ KOMMENTAR (2000).

FLETCHER, GEORGE, RETHINKING CRIMINAL LAW (1978).

FRANCK, THOMAS, FAIRNESS AND INTERNATIONAL LAW AND INSTITUTIONS 266-274 (1995).

GEDDERT-STEINACHER, TATJANA, MENSCHENWÜRDE ALS VERFASSUNGSBEGRIFF (1990).

HERZOG, ROMAN, RUPERT SCHOLZ, MATTHIAS HERDEGEN & HANS H. KLEIN, VOL. I, MAUNZ & DÜRING GRUNDGESETZ KOMMENTAR (2007).

KANT, IMMANUEL, VOL. IV, GRUNDLEGUNG ZUR METAPHYSIK DER SITTEN (1785).
—, DIE METAPHYSIK DER SITTEN (1797).

KLASS, NADINE, RECHTLICHE GRENZEN DES REALITÄTSFERNSEHENS (2004).

- KROTOSZYNSKI, RONALD J., THE FIRST AMENDMENT IN CROSS-CULTURAL PERSPECTIVE: A COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS OF THE FREEDOM OF SPEECH (2006).
- KÜHL, KRISTIAN, LANCKNER & KÜHL STRAFGESETZBUCH KOMMENTAR (26. Auflage, 2007).
- KUNIG, PHILIP, VON MÜNCH & KUNIG GRUNDGESETZ-KOMMENTAR (5. Auflage, 2000).
- LENCKNER, THEODOR, PETER CRAMER & WALTER STREE, SCHÖNKE & SCHRÖDER STRAFGESETZBUCH KOMMENTAR (28. AUFLAGE 2010).
- MAHLMANN, MATTHIAS, ELEMENTE EINER ETHISCHEN GRUNDRECHTSTHEORIE (2008).
- MARGALIT, AVISHAI, THE DECENT SOCIETY 10 (1996).
- , POLITIK DER WÜRDE, ÜBER ACHTUNG UND VERACHTUNG (1997).
- MEINKE, MONIKA M., IN VERBINDUNG MIT (2006).
- NOTHHELPER, MARTIN, DIE FREIHEIT VON SELBSTBEZICHTIGUNGSZWANG (1989).
- PFEIFFER, GERD, STRAFPROZESSORDNUNG UND GERICHTSVERFASSUNGSGESETZ KOMMENTAR (2002).
- PIEROTH, BODO & BERNHARD SCHLINK, GRUNDRECHTE: STAATSRECHT II (23. Auflage, 2007).
- RAWLS, JOHN, A THEORY OF JUSTICE (1971).
- ROHLE, DIETWALT, DER GRUNDRECHTLICHE SCHUTZ DER PRIVATSPHÄRE (1980).
- SHELEFF, LEON S., ULTIMATE PENALTIES (1987).
- STARCK, CHRISTIAN (Hrsg.), VOL. I, MANGOLD, KLEIN & STARCK GG KOMMENTAR (5. Auflage, 2005).
- STERN, KLAUS, VOL IV/I, DAS STAATSRECHT DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND (2006)
- WALZER, MICHAEL, JUST AND UNJUST WARS: A MORAL ARGUMENT WITH HISTORICAL ILLUSTRATIONS (4th ed., 2006).
- WEILERT, ANJA K., GRUNDLAGEN UND GRENZEN DES FOLTERVERBOTES IN VERSCHIEDENEN RECHTSKREISEN (2009).
- ZIMBARDO, PHILIP, THE LUCIFER EFFECT: UNDERSTANDING HOW GOOD PEOPLE TURN EVIL (2007).

מאמרים

אנוך, דוד, "מה ההבדל בין פעולות טרור לבין חיסולים? מחשבה על ההבחנה בין גרימת נזק מכוונת ובין גרימת נזק צפויה לחפים מפשע" דוד אנוך, עידו פורת, ראם שגב ומרדכי קרמניצר בלי כוונה – פגיעה בחפים מפשע בזמן מלחמה בטרור 105, 111-115 (2007).
בנדר, אריאל, "גבייה של הודאת נאשם וקבילותה – מטרות, אמצעים ומה שביניהם" פלילים ה 245 (התשנ"ו).

בניש, אבישי, "בג"ץ וקיום בכבוד: אפשר גם אחרת" (פורסם בתאריך 29.4.2010):
www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/196.aspx

גיל, אלעד, "מעצר מנהלי במדינה יהודית ודמוקרטית – עיון מחדש" אלעד גיל, יוגב תובל וענבר לוי אמצעים חריגים למאבק בטרור: מעצר מנהלי, הריסת בתים, גירוש ותיחום מגורים (2010).

גלעד, עמיהוד, "ציווי מוסרי מוחלט: אסור לענות" משפט וממשל ד 425 (1997).
גרוס, עמנואל, "סיכול פעולות טרור על-ידי פגיעה במבצעים או במפקדיהן" קרית המשפט ב 189 (2002).

סטטמן, דניאל, "שאלת המוחלטות המוסרית של האיסור לענות" משפט וממשל ד 161 (תשנ"ז).

—, "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541 (2000).

סנג'ר, בועז, "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט" עלי משפט ב 127 (התשס"ב).

פרוש, עדי, "אחריות מוסרית, אחריות פלילית, וערך כבוד האדם" מחקרי משפט יג 87 (1996).

קרמניצר, מרדכי, "לזכרו של השופט אגרנט" משפטים כב 6 (1993).

—, "פרשת אלבה: בירור הלכות הסתה לגזענות" משפטים ל 105 (2000).

—, "מבוא" דוד אנוך, עידו פורת, ראם שגב ומרדכי קרמניצר בלי כוונה: פגיעה בחפים מפשע בזמן מלחמה בטרור 9 (2007).

—, "טרור ודמוקרטיה – המקרה של ישראל" המשפט 25, 1 (2008).

קרפ, יהודית, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח", משפט וממשל א 323 (1993).

שגב, ראם, "פגיעה בחפים מפשע במסגרת פעולות לסיכול טרור" דוד אנוך, עידו פורת, ראם שגב ומרדכי קרמניצר בלי כוונה: פגיעה בחפים מפשע בזמן מלחמה בטרור 17 (2007).

- Addicott, Jeffrey F., *Does the United States Engage in the Use of Torture or Similar Illegal Practices in the War on Terror?*, 92 KY. L.J. 849 (2004).
- Aubel, Tobias, *Das Menschenwürde-Argument im Polizei- und Ordnungsrecht*, DIE VERWALTUNG 229 (2004).
- Blackman, Melinda S., *Constitutional Law: United States v. Balsys: Setting a Boundary for the Self-Incrimination Clause*, 53 OKLA. L. REV. 127 (2000).
- Bottner, Gotz, *Protection of the Honour of Deceased Persons – A Comparison between the German and the Australian Legal Situations*, 13.1 BOND LAW REVIEW 109 (2001).
- Brunnée, Jutta, & Stephen J. Toope, *Slouching towards New “Just” Wars: International Law and the Use of Force after September 11th*, 51 NETHERLANDS INTERNATIONAL LAW REVIEW, 363 (2004).
- Canfield, Jonathan, *The Conflict between a Shift in U.S. Policy towards a Condemnation of Human Rights and International Prohibitions against the Use of Torture*, 33 HOFSTRA L. REV. 1049 (2005).
- Denninger, Erhard, *Verfassungsrechtliche Grenze des Lauschens – Der “große Lauschangriff” auf dem Prüfstand der Verfassung*, ZRP 101 (2004).
- Dinstein, Yoram, *The Application of Customary International Law Concerning Armed Conflicts in the National Legal Order – Introductory Reports*, in NATIONAL IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW: PROCEEDINGS OF AN INTERNATIONAL COLLOQUIUM HELD AT BAD HOMBURG, JUNE 17-19, 1988, 29 (Michael Bothe ed., 1990).
- Discher, Thomas, *Die Peep-Show-Urteile des BVerwG*, JUS 642 (1991).
- Dreier, Horst, *Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, in FESTGABE 50 JAHRE BUNDESVERWALTUNGSGERICHT 201 (2003).
- , *Grenze des Toetungsverbotes - Teil 1*, JZ 261 (2007).
- Dürig, Günter, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, 81 AöR 117 (1956).
- , *Zur Bedeutung und Tragweite des Art. 79 Abs. 3 des Grundgesetzes (ein Plädoyer)*, in FESTGABE FÜR THEODOR MAUNZ 41 (1971).
- Eklund, Amanda K., *The Death Penalty in Montana: A Violation of the Constitutional Right to Individual Dignity*, 65 MONT. L. REV. 135 (2004).

- England, Izhak, *Human Dignity: From Antiquity to Modern Israel's Constitutional Framework*, 21 CARDOZO L. REV. 1903 (2000).
- Fletcher, George, *Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory*, 8 ISRA. L. REV. 367 (1973).
- Frankenberg, Günther, *Die Würde des Klons und die Krise des Rechts*, 33 KRIT. J 325 (2000).
- Glaeser, Schmitt, *Big Brother is Watching You – Menschenwürde bei RTL 2*, ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSPOLITIK 395 (2000).
- Gross, Oren, *Are Torture Warrants Warranted? Pragmatic Absolutism and Official Disobedience*, 88 MINN. L. REV. 1481 (2004).
- Herdegen, Matthias, *Die Garantie der Menschenwürde: absolut und doch differenziert?*, in *Das DOGMA DER UNANTASTBARKEIT* 93 (R. Gröschner & O. W. Lembcke hrsg., 2009).
- Herzberg, Rolf D., *Folter und Menschenwürde*, JZ 321 (2005).
- Heuermann, Paul, *Verfassungsrechtliche Probleme der Schwangerschaft einer hirntoten Frau*, JZ 133 (1994).
- Heun, Werner, *Der Hirntod als Kriterium des Todes des Menschen – Verfassungsrechtliche Grundlage und Konsequenzen*, JZ 213 (1996).
- Hochreuter, Anna, *Gebärzwang und tote Frau als Brüterin – patriarchale Ethik?*, 27 KRIT J 67 (1994).
- Hofmann, Hasso, *Die versprochene Menschenwürde*, 118 AÖR 353 (1993).
- K. C. Horton, *Life Imprisonment and Pardons in the German Federal Republic* 29 INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 530 (1980).
- Kargl, Walter, & Stefan Kirsch, *Zur Zulässigkeit eines untauglichen Beweismittels im Strafverfahren – BGHSt 44*, 308 JuS 537 (2000).
- Kersten, Jens, *Die Tötung von Unbeteiligten*, NVwZ 661 (2005).
- Klopper, Michael, *Humangentechnik als Verfassungsfrage*, JZ 417 (2002).
- , *Leben und Würde des Menschen*, in *FESTSCHRIFT 50 JAHRE BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* 77 (2003).
- Kremnitzer, Mordechai, *Proportionality and the Psychotic Agressor: Another View*, 18 ISRA. L. REV. 178 (1983).

- , *The Landau Commission Report – Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the Needs of the Security Service?* 23 ISRA. L. REV. 216 (1989).
- , *Constitutional Principles and Criminal Law*, 27 ISRA. L. REV. 84, 96 (1993).
- Kremnitzer, Mordechai & Khalid Ghanayim, *Proportionality and the Aggressor's Culpability in Self-Defense*, 39 TULSA L. REV. 875 (2004).
- Kremnitzer, Mordechai & Re'em Segev, *The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue*, 34 ISRA. L. REV. 509 (2000).
- Kunig, Philip, *Der Grundsatz informationelle Selbstbestimmung*, JURA 595 (1993).
- , *Zum Dogma der unantastbaren Menschenwürde*, in *DAS DOGMA DER UNANTASTBARKEIT* 121 (R. Gröschner & O. W. Lembcke Hrsg., 2009).
- Kutscha, Martin, *Verfassungsrechtlicher Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung – nichts Neues aus Karlsruhe?*, NJW 20 (2005).
- , *Mehr Schutz von Computerdaten durch ein neues Grundrecht?*, NJW 1042 (2008).
- Luban, David, *Lawyers as Upholders of Human Dignity (When They Aren't Busy Assaulting It)*, U. ILL. L. REV. 815 (2005).
- Merkel, Rinhard, *§14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?* JZ 373 (2007).
- Moore, Michael S., *Torture and the Balance of Evils* 23 ISRA. L. REV. 280 (1989).
- Neumann, Ulfrid, *Die Tyrannei der Würde*, 84 ARCHIV FÜR RECHTS- UND SOZIALPHILOSOPHIE 153 (1998).
- Neumann, Volker, *Menschenwürde und psychische Krankheit*, 76 KRITV 276 (1993).
- , *Menschenwürde und Existenzminimum*, NVwZ 426 (1995).
- Ohlin, Jens David, *The Torture Lawyers: Whether They Should Be Held Liable for Their Advice to George W. Bush's Administration in Support of Torture*, 51 HARV. INT'L L.J. 193 (2010).

- Otto, Harro, *Recht auf den eigenen Tod?* VERHANDLUNGEN DES 56. DEUTSCHEN JURISTENTAG, I Gutachten D (1986).
- Parry, John T., *Escalation and Necessity: Defining Torture at Home and Abroad*, in TORTURE: A COLLECTION 145 (Sanford & Levinson eds., 2004).
- Parsad, Krishma C., *Illegal Renditions and Improper Treatment: An Obligation to Provide Refugee Remedies Pursuant to the Convention against Torture*, 37 DENV. J. INT'L L & POL'Y 681 (2009).
- Pestalozza, Christian, *Der "Honecker-Beschluß" des Berliner Verfassungsgerichtshofs*, NVwZ 340 (1993).
- Piero, Bodo, & Bernd J. Hartmann, *Der Abschuss eines Zivilflugzeugs auf Anordnung des Bundesministers für Verteidigung*, JURA 729 (2005).
- Roxin, Claus, *Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens strafflos sein?*, in MENSCHENGERECHTES STRAFRECHT, FESTSCHRIFT FÜR ALBIN ESER ZUM 70. GEBURTSTAG 461 (2005).
- Ruland, Franz, *Steuerfreies Existenzminimum für Familien*, JuS 161 (1991).
- Christoph Thiele, *Plastinierte "Körperwelten," Bestattungszwang und Menschenwürde*, NVwZ 405 (2000).
- Shany, Yuval, *The Prohibition against Torture and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment and Punishment: Can the Absolute Be Relativized under Existing International Law?*, 56 CATHOLIC UNIVERSITY LAW REVIEW 837 (2007).
- Trainor, Scott A., *Comparative Analysis of a Corporation's Right against Self-Incrimination*, 18 Fordham Int'l L.J. 2139 (1995).
- Trenk-Hinterberger, Peter, *Würde des Menschen und Sozialhilfe*, ZEITSCHRIFT FÜR SOZIALHILFE 46 (1980).
- Whitman, James Q., *What Happened to Tocqueville's America?*, 74 SOCIAL RESEARCH 251 (2007).
- Wittreck, Fabian, *Menschenwürde und Folterverbot*, DÖV 873 (2003) .
- Yovel, Jonathan, *How Can a Crime Be against Humanity? Philosophical Doubts Concerning a Useful Concept*, 11 UCLA J. INT'L & FOR. AFF. 39 (2006).

עבודות דוקטור

רוטקופף, גיא, החיסיון מפני הפללה עצמית וזכות השתיקה במשפט הישראלי: יישומם הראוי לאור טעמיהם בשיטות משפט שונות (עבודה לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, 2005).

דוחות

הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל מתחת לכל ביקורת: היעדר חקירה וענישה של עינויים והתעללות בחקירות שב"כ (דצמבר 2009).
ועדת לנדוי, ועדת-החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת (נובמבר 1987).

ראו אור לאחרונה בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה

2011

אירועי אוקטובר 2000: האם כובד עקרון השוויון לפני החוק?, לינא סאבא, בהנחיית מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 86.
מילים מטרידות: סוגיות בהטרדה מינית מילולית, ליאת לבנון (עורכת).
ממלכתיות ישראלית, אבי בראלי, ניר קידר, מחקר מדיניות 87.

2010

אלוהים, מדינה, טבע, אדם: הנס קלזן על פוליטיקה תאולוגית ומשפט טבעי, יצחק אנגלרד (עורך ומתרגם).
הבחירות בישראל – 2009, אשר אריאן, מיכל שמיר (עורכים) (קיים גם באנגלית).
היועץ המשפטי לממשלה והתביעה הכללית – פיצול מוסדי?, גר ברזילי, מחקר מדיניות 84.
חברה אזרחית ומגזר שלישי בישראל, פורום קיסריה ה-18, יוני 2010, ניסן לימור (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום) (פרסום מקוון).
מדד הדמוקרטיה הישראלית 2010: ערכים דמוקרטיים בישראל הלכה למעשה, אשר אריאן, תמר הרמן, יובל לבל, מיכאל פיליפוב, הילה צבן, אנה קנפלמן (פרסומי מרכז גוטמן) (קיים גם באנגלית).
מדיניות המקרו בישראל לנוכח היציאה מן המשבר הכלכלי, פורום קיסריה ה-18, יוני 2010, נתן זוסמן (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום) (פרסום מקוון).
מחשבות על דמוקרטיה יהודית, בני פורת (עורך), בשיתוף אביעזר רביצקי (בשיתוף עם הוצאת עם עובד).
מיעוטים במדינה יהודית: היבטים הלכתיים, אליעזר חדר, בהנחיית ידידיה צ' שטרן, מחקר מדיניות 80.
מעברי ישן ליהודי חדש: רנסנס היהדות בחברה הישראלית, יאיר שלג.
ערכאות של גויים במדינת היהודים, יצחק ברנר, בהנחיית ידידיה צ' שטרן, מחקר מדיניות 83.

צדק שלי, צדק שלך: צדק בין תרבויות, ידידיה צ' שטרן (עורך) (בשיתוף עם מרכז זלמן שזר).

שוק העבודה בישראל לנוכח האתגרים בעתיד: הערבים אזרחי ישראל; חרדים; עובדים זרים, פורום קיסריה ה-18, יוני 2010, ראובן גרונאו (ראש המושב), יוסף ג' בארין (ראש צוות), יוסי תמיר (ראש צוות), צבי אקשטיין (ראש צוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום) (פרסום מקוון).

שיטות לבחירת בתי נבחרים דמוקרטיים, ניר אטמור, בהנחיית אשר אריאן, מחקר מדיניות 82.

2009

גודלה הרצוי של הממשלה – בין כלכלה לפוליטיקה, פורום קיסריה ה-17: יולי 2009, יוסף זעירא (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום) (פרסום מקוון).

ההתמודדות המשפטית בישראל עם תופעת מימון הטרור, גיל-עד נועם, בהנחיית יובל שני, מחקר מדיניות 79.

הכלכלה הפוליטית של הרשויות המקומיות, אבי בן בסט, מומי דהן (עורכים).

המדיניות המקרו-כלכלית בזמן משבר כלכלי, פורום קיסריה ה-17, יולי 2009, ערן ישיב (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום) (פרסום מקוון).

הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל: הצורך בהקמת רשות תקשורת, יזהר טל, דינה עבריי-עומר, מחקר מדיניות 76.

השימוש בעקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי, יובל שני, מחקר מדיניות 75.

להמציא מחדש את הדמוקרטיה הישראלית: תכנית לתיקון המשילות בישראל, אריק כרמון (קיים גם באנגלית).

מבט ביקורתי על ביקורת המדינה, מיכל טמיר, בהנחיית מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 81. מדד הדמוקרטיה הישראלית 2009: עשרים שנה לעלייה מברית המועצות, אשר אריאן, מיכאל פיליפוב, אנה קנפלמן (פרסומי מרכז גוטמן) (קיים גם באנגלית).

ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה, דפנה ברק-ארז, דורון נבות, מרדכי קרמניצר (עורכים) (בשיתוף עם הוצאת נבו).

עתירו של מגוון הצמיחה הישראלי: חזרה להובלה של תעשיות עתירות ידע ולחדשנות מדעית-טכנולוגית, פורום קיסריה ה-17, יולי 2009, ארנון בנטור (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום) (פרסום מקוון).

פיקוח הכנסת על הממשלה: תמונת מצב והצעה לרפורמה, חן פרידברג, ראובן חזן, מחקר מדיניות 77.

ראו אור לאחרונה בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה

פנים: כתב עת לתרבות, חברה וחינוך: עיתונות 2010 – לאן עכשיו?, רוביק רוזנטל, עוזי בנוימן, שוקי טאוסיג (עורכים) (בשיתוף עם "העין השביעית").

צה"ל כמנוף לפיתוח הנגב: סיכויים וסיכונים, ברוך נבו, נטלי דודי צלר (פרויקט צבא-חברה) (פרסום מקוון).

ריכוזיות השליטה בישראל: היבטים משפטיים, אסף חמדני, מחקר מדיניות 78.

תכלית החברה העסקית, ידידיה צ' שטרן (בשיתוף עם הוצאת אוניברסיטת בר-אילן וההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין).

first is international law, and the other is the sixty years of German case law founded upon this absoluteness.

The list of “candidates” for absolute, or almost absolute, protection presented in the final part of this paper is not complete, but arguably includes those aspects that constitute the core of the right to dignity. Inter alia, it includes such inviolable prohibitions of international law as the prohibition on slavery, torture and crimes against humanity; other principles of criminal law, such as the prohibition on imposing sanctions that are not based on personal responsibility and guilt, the death penalty (perhaps also the imposition of imprisonment with no possibility of parole), and the right against self-incrimination; and such fundamental principles of public law as the individual’s right to effectively present his case before the imposition of any administrative action that harms him, the “social” right pertaining to the guaranteeing of minimal living conditions (an affirmative duty on the state), and even the right not to suffer racially based humiliation deriving from state actions.

support the absolute protection of human dignity, there are also opposing considerations. Here, too, we can distinguish between general considerations that reject absolute determinations as such, and considerations that specifically reject the absoluteness of the right to dignity. The general considerations include, for example, the claim that an absolute rule can never suit all possible cases, and that its adoption necessitates a “waiver” of a just result in some cases. A second argument is that classification of a right as absolute may transform it into a “trump card.” On the one hand, this could result in attempts to classify any constitutional right as absolute, leading to its overall devaluation, and on the other hand, it could lead to a narrow and even excessively narrow construction of the right, in order to prevent absurd results. A third argument is that the establishment of a right as absolute becomes problematic in cases where the same right is argued by both parties and a decision must be made to prioritize one injury over the other.

An examination of the conflicting specific considerations points primarily to the fear that conferral of absolute protection to a right that is vague and broad, like the right to dignity, and the desire to prevent situations in which other rights are frequently in conflict with the right to dignity, such as the right to life or freedom of expression, leads to inadequate protection of the right (this concern was addressed in our comments above on the comparison of rights in the context of the supremacy of a particular right).

The problem of deciding between the opposing considerations calls for the identification of a middle path in the hope of avoiding such difficulties. The emerging solution is one that discerns certain aspects of human dignity as meriting absolute or nearly absolute protection, while avoiding the granting of absolute protection to a comprehensive right to dignity. We attempt to identify these specific, defined aspects of human dignity based on two principal sources: The

likely. Given that harm to the “other” does not prompt the response that restrains us from violating rights due to our fear of our own rights being violated, the harm inflicted is liable to be devoid of any restraint and inhibition. There is no shortage of cases reflecting this escalation. The classic cases are those in which “otherness” is combined with danger, or a sense of danger, exemplified by the draconic arrangements governing a “state of emergency,” and in many of the arrangements that balance security considerations against rights, such as the rights of the administrative detainee. These arguments provide justification for establishing deontological barriers in the form of absolute rights, and at least for establishing the absolute nature of certain aspects of these rights.

Apart from the general justifications, a number of arguments justify conferring absolute protection specifically to the right to human dignity. The right to dignity may also be understood as a non-intuitive right, such as, for example, freedom of expression, as opposed to the right to life. As a non-intuitive right, it calls for stronger protection because the legal system confronts greater threats of its violation. Such threats become of practical significance when the right to dignity conflicts with the concern for human life, which usually results in a non-proportionate infringement of the right to dignity. Furthermore, the natural reservations and negative social stigma attendant to an infringement of intuitive rights do not exist with respect to non-intuitive rights. Conceivably, these arguments dictate an adjusted understanding of “absolute.” The “absoluteness” does not connote the inherent, intuitive justification of the right, but is rather a tool for elevating the right to dignity above its conventional status, thus assisting it in its confrontation with the intuitive rights and thereby conferring upon it the degree of protection it deserves.

As opposed to the considerations mentioned above, which

afforded them in the various legal systems, which usually grant greater protection to the right to life. Indeed, the absolute protection of dignity in the German system, as opposed to the partial protection of the right to life, may be the result of a variety of factors that will be addressed in the article. However, it does not attest to its supremacy over the right to life, or for that matter, over all the other rights and interests. This being the case, there is no basis for adopting such an approach in Israel.

Regarding the *absoluteness of human dignity*, we find that German law departs from accepted constitutional discourse of balancing, favoring a decisive, absolute principle by which the right to dignity will prevail in every conflict. A number of justifications are offered for this absolute status – both “general” justifications that support the absolute nature of every right (and generally support establishing more stable foundations for constitutional discourse), and justifications specifically supporting the absolute nature of the right to dignity.

It would appear that the more general justifications all share a fear of the problems presented by a balancing discourse that grants (almost) absolute discretion to the constitutional interpreter. More specifically, and germane to our own concerns, it could be argued that the acceptance of a balancing approach, especially the balancing of values conducted in constitutional adjudication, may result in the court “surrendering” to oppressive dictates of heavy handed political power and inflamed public opinion. Such surrender may culminate in granting judicial legitimacy to severe infringements of human rights. There is no lack of examples – in Israel and abroad – of the sorry consequences that result when this fear is realized.

The fear becomes even graver where it concerns the “other,” those without political representation, the foreigner, and primarily those depicted as “the enemy.” Harm inflicted upon the “other,” as opposed to harm inflicted upon “us,” may be far more aggressive and far more

consideration or majority can detract from its status. This study is concerned with the first two features, and especially the second – the absoluteness of the right. These features raise a number of questions concerning their justification per se, and specifically regarding the possibility of their adaptation and adoption in Israeli law. They also call for an examination of the considerations justifying the conferral of supreme, absolute status to the right to human dignity, as well as of the considerations that argue against such a status, through an examination of the right and the protection granted to it in other legal systems, especially in the German system. This study does not approach the subject from the perspective of rights protected under Israel's Basic Law: Human Dignity and Liberty in its current form, but rather from that of a constitution that comprises a complete charter of human rights.

Numerous doubts arise regarding the *supremacy of human dignity* over any other right or interest. The necessary comparison in this context pertains to the relationship between the right to dignity and the right to life (in the narrow sense, which does not include physical integrity). Many considerations lend support to the prevalent, intuitive conception that the right to life enjoys a status superior to that of the right to human dignity, and at least, is not inferior to it. For example, it could be argued that the right to life constitutes the foundation of all other rights because it protects the existence of the bearers of those rights. A distinction regarding the nature of the infringement yields a similar conclusion: An infringement of the right to life has an eliminating affect that culminates in the absolute loss of the right, as opposed to an infringement of human dignity, which diminishes the victim's dignity but does not totally negate it. In fact, an absolute negation of human dignity may be inconceivable. The relative importance of these rights can also be inferred from the protection

its two aspects, which in German law represent the two interpretative approaches: protection of personal autonomous development on the one hand, and protection from the annulment of the individual's personal identity and being reduced to an object, on the other; in other words, protecting the individual against humiliation. Human dignity in the basic sense, i.e. the nucleus of the right, protects the individual against humiliation and as such should merit absolute protection. The absolute protection of the nucleus of human dignity should be defined in the Basic Law, and should include a "*numerus clausus*" of the matters included in the nucleus of the right and therefore warranting absolute protection. In addition to the interpretation of the nucleus of the right to human dignity, the protected scope of human dignity can also be given a broader interpretation. However, the protection of matters sheltered by the periphery of the right would not be absolute, but rather on the same level as the protection given to any other constitutional right – a protection that can be balanced against other competing interests and rights.

Human Dignity – A Supreme and Absolute Right?

Mordechai Kremnitzer

The right to human dignity in German Law is comprised of three central features. *Firstly*, it is an absolute right in the hierarchy of rights and interests, that is: it is neither subservient to nor paralleled by any other right. *Secondly*, the right is absolute in the sense that it cannot be limited by balancing it against other rights or interests. An act that infringes human dignity is a priori unconstitutional, and hence prohibited, regardless of the interest or the right promoted by its infringement. *Thirdly*, the right is inalienable and, as such, no

right, this study concludes that the alternative interpretative approaches to human dignity in German law – protection based on the values of personal autonomy and free choice or protection from humiliation or from being reduced to an object – are not compatible. As indicated by the cases addressed in German case law, protection against humiliation and objectifying a person may also involve protection of a person against their own actions. It may dictate an “ideal image” of a person and in doing so infringe upon each person’s own autonomy and free will, which are of themselves values that derive from the value of human dignity.

The question of the appropriate interpretation of human dignity relates directly to the question of its appropriate constitutional standing. An approach similar to that adopted by German law, conferring it absolute, inviolate status, would encourage giving the concept a narrow substantive construction. A broad substantive construction, in which the scope of the protection offered by the concept of human dignity is not defined, would preclude conferring it an absolute status in which it cannot be balanced against any other interest or right. A weaker version of human dignity, which would accommodate a balance between human dignity and other interests and rights, would also allow a broader interpretation of its content as a constitutional concept.

In contrast to other constitutional values of central importance, human dignity is not self-evident. It therefore merits a solid constitutional standing. The undisputed importance of the protection it provides supports the conclusion that the preferred approach should be the one that confers it an absolute constitutional status. All the same, the conferral of absolute status should be accompanied by a clear interpretation of the content of human dignity.

The appropriate interpretation of the protection conferred by human dignity as a constitutional value or right should distinguish between

to prevent a violation of human dignity? Does its duty include the duty to ensure that every individual can live a life of dignity?

- **The German Basic Law Confers an Absolute Status to Human Dignity.** Under the wording of the Basic Law, human dignity is inviolate and may not be balanced against any other competing right or value. Any violation of human dignity is unconstitutional. The advantages of an interpretative approach that negates any violation of human dignity are clear. Unlike other central constitutional values, (such as the value of life), human dignity is not an intuitive, self-evident value. Understandably, the vagueness of the concept (in addition to its supreme importance) renders it particularly vulnerable and as such also justifies its increased protection. On the other hand, this approach is not free of difficulties, because alongside its absolute status, human dignity is also flexible in terms of its interpretation; not being a clearly defined value with a clear scope of protection, it is in a state of continual development. Its substantive meaning cannot be defined in advance, but only after the fact. This invites a central question, also discussed in this study: Is the interpretative approach conferring human dignity absolute status the appropriate method to adopt? This question is closely related to the question of the appropriate substantive interpretation of the protection conferred by human dignity.

This article concludes that human dignity as a constitutional value is intended to protect human life from the stage of a person's birth, alive. The question of the conduct of experiments in genetic and biotechnical realms is indeed an important one, but need not and cannot be resolved in light of the interpretation given to the value of human dignity and in light of the protection it grants.

Regarding the central question of the study, namely the substantive interpretation given to human dignity as a constitutional value and

The first article analyzes some of the issues pertaining to the interpretation of human dignity.

- **Who merits constitutional protection of human dignity?** The discussion initially focuses on the question of when the protection of human dignity begins – in other words, at which stage of development does a human life merit the protection of human dignity? For example, is an unborn fetus entitled to protection? What are the implications of protecting human dignity in relation to pre-natal life in terms of research in fields such as genetics and biotechnology? In addition to these questions the study examines whether the constitutional protection granted by human dignity is given (and limited) to the individual person, or whether it also applies to human collectives. In other words, does the protection of human dignity also mean protection of the dignity of mankind?
- **What is the content of the protection of human dignity? Can there be an exhaustive definition of human dignity?** The discussion of the content of human dignity focuses on two interpretative approaches in German case law and legal writing. The first is that the interpretative basis of human dignity lies in the prohibition of the degradation of a person and treating that person as an object devoid of any subjective identity. The other approach stresses the aspect of human autonomy and free choice as the basis of human dignity. The interpretation given to human dignity necessarily dictates the substance and scope of the governmental authority's duty to protect human dignity. As such the discussion of how to interpret human dignity influences the legal formulation of the state's duty to refrain from violating human dignity and to prevent a person's human dignity being violated by another. This subject invites discussion on two related questions: What means should the governmental authority adopt in discharging its duty

Human dignity as anchored in the Basic Law operates as a guiding right. It may be broadly construed in a manner that enables it to subsume constitutional rights that did not merit explicit mention in the Basic Laws. Alternatively, it may be narrowly construed. The question, which rights are derived from human dignity and thus fall within the scope of the essence of the right to dignity, is a question of interpretation. From this follows the tremendous importance of interpreting the value of human dignity in a manner that properly determines the scope of protection that it confers. The appropriate interpretative examination must proceed from the assumption that Israel will in the future have a complete bill of rights, which includes human dignity in addition to the other central human rights.

Notwithstanding the importance attaching to human dignity in other systems of law, none of them confer it the fundamental and central importance ascribed to it in the German legal system. Human dignity is anchored in the first section of the German Basic Law, and merits special standing, distinct from other basic rights or constitutional values. It is conceived of as a supreme value, and as a legal concept of the highest import. Its special status has spawned extensive interpretation – both in academic writing and in case law – regarding the question of the constitutional protection that it provides. Accordingly, as part of the analysis of the appropriate interpretation of the constitutional protection of human dignity in Israeli law this study examines its interpretation in German law.

The following study includes two articles: The first, written by Michal Kramer, deals mainly with human dignity in the German legal system. The second, written by Mordechai Kremnitzer, deals with the question of the appropriateness of adopting the German legal position in Israel, according to which human dignity is a supreme and absolute constitutional value.

Abstracts

Human Dignity in German Law

Michal Kramer, Supervised by Mordechai Kremnitzer

The Basic Law: Human Dignity and Liberty anchors human dignity as a constitutional value in Israel and regulates the protection of a number of constitutional rights, among them the right to personal freedom, to privacy, to a good name and the right to life and bodily integrity. In cooperation with Basic Law: Human Dignity and Liberty, the Basic Law: Freedom of Occupation regulates the constitutional protection conferred to freedom of occupation. Other basic rights in Israel, such as freedom of speech, freedom of religion and conscience or the principle of equality are not regulated by a basic law.

This partial and deficient regulation of basic rights augments the standing and importance of the constitutional protection of human dignity. Defining the contents of the constitutional value of human dignity and the extent of its protection under the Basic Law is a function of interpretation, and naturally does not permit a clear and unequivocal answer. Indeed, the constitutional reality in Israel – where the value of human dignity as anchored in the Basic Law supplements and bolsters the deficient protection of other human rights by way of legal interpretation – increases the importance and significance of the interpretation given to it.

* Translated by Michael Prawer

Language Editors (Hebrew): Daphna Schweppe, Tamar Shaked

Typesetting: Nadav Shtechman

Printed by Art Plus, Jerusalem

ISBN 978-965-519-084-7

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optic, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express permission in writing of the publisher is strictly forbidden.

To order books and policy papers published by The Israel Democracy Institute:

Tel: 1-800-20-2222, (972)-2-530-0800; Fax: (972)-2-530-0867

e-mail: orders@idi.org.il; website: www.idi.org.il

The Israel Democracy Institute, P.O.B. 4482, Jerusalem 91044

Copyright © 2011 by The Israel Democracy Institute (R. A.)

Printed in Israel

The Israel Democracy Institute is the recipient of the 2009 Israel Prize for Lifetime Achievement – Special Contribution to Society and State.

All policy papers and a selected chapter of every book may be downloaded for free at www.idi.org.il

The statements published in the policy papers do not necessarily reflect the position of the Israel Democracy Institute.

Human Dignity as a Supreme and Absolute Constitutional Value in German Law – In Israel Too?

Mordechai Kremnitzer, Michal Kramer

Policy Paper 85
Jerusalem, March 2011

